

Bankgarantie und Bankbürgschaft

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
MARKUS STREULE
von Appenzell

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

1907



Bankgarantie und Bankbürgschaft

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
MARKUS STREULE
von Appenzell

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 3. Juni 1987

Der Dekan:
Prof. Dr. Claudio Soliva

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 98 der Reihe
Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht,
herausgegeben von Prof. Dr. Peter Forstmoser.

Meinen Eltern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INHALTSÜBERSICHT

Einleitung	1
 1. Teil	
§ 1 Grundlagen	5
 2. Teil: Die Analyse von Zweck und Funktionsweise der Bankgarantie durch die Rechtswissenschaft	
§ 2 Die Entwicklung des schweizerischen Standpunktes	26
§ 3 Zweck und Funktionsweise der Bankgarantie in der Beurteilung des deutschen und österreichischen Schrifttums	44
 3. Teil: Eigene Analyse von Zweck und Funktionsweise der Bankgarantie	
§ 4 Ist die Bankgarantie ein Garantievertrag i.e.S. (im Sinne einer Personalsicherheit) ?	53
§ 5 Ist die Bankgarantie Ausdruck einer verbundenen Erfolgszusage im Rahmen des Grundverhältnisses ?	68
§ 6 Die Bankgarantie als leicht zu aktivierende Sicherheit	82
 4. Teil: Zur Abgrenzung von Bankgarantie und Bank- bürgschaft	
§ 7 Akzessorische und selbständige Sicherungs- verpflichtungen	118
§ 8 Bankgarantie und Bankbürgschaft	140
§ 9 Zur Auslegung von Leistungsversprechen der Bank	156
 Zusammenfassung	185

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis	XIII
Literaturverzeichnis	XVII
Einleitung	1
1. Teil	
§ 1 Grundlagen	
I. Risiko und Risikoabsicherung	5
II. Personalsicherheiten	9
III. Personalsicherheit und Erfüllung durch einen Dritten	16
2. Teil: Die Analyse von Zweck und Funktionsweise der Bankgarantie durch die Rechtswissenschaft	21
Einleitung	21
§ 2 Die Entwicklung des schweizerischen Standpunktes	26
I. Aeltere Lehre	26
1. Die Auffassung Oftingers	26
2. Die Auffassung Reichweins	28
3. Die Auffassung Bärs	30
II. Die Auffassung Kleiners	33
1. Wesen der Bankgarantie	33
2. Methodisches Vorgehen	34

3. Aufgabe der Auslegung	36
4. Bedürfnis nach selbständiger Sicherheit	37
III. Neuere schweizerische Literatur und Rechtsprechung	39
§ 3 Zweck und Funktionsweise der Bankgarantie in der Beurteilung des deutschen und österreichischen Schrifttums	44
I. Bankgarantie und Bürgschaftsrecht	44
II. Bankgarantie und Garantievertrag	46
III. Die Bankgarantie als leicht zu realisierende Sicherheit	50
3. Teil: Eigene Analyse von Zweck und Funktionsweise der Bankgarantie	53
§ 4 Ist die Bankgarantie ein Garantievertrag i.e.S. (im Sinne einer Personalsicherheit) ?	53
I. Hinweise in der Gestaltung des Leistungsversprechens	54
II. Hinweise im Valutaverhältnis Auftraggeber - Begünstigter	56
III. Hinweise im Deckungsverhältnis Auftraggeber - Bank	58
IV. Fazit	60
V. Sonderfall: Auftraggeber der Bank ist nicht Hauptschuldner	63
§ 5 Ist die Bankgarantie Ausdruck einer verbundenen Erfolgsszusage im Rahmen des Grundverhältnisses ?	68

I. Der erweiterte Begriff der Erfolgssicherungs- garantie	68
II. Absicherung einer verbundenen Erfolgszusage	71
1. Risikozuweisung im Grundverhältnis	71
2. Verbundene Erfolgszusage als durchsetzbarer Anspruch	72
3. Verbundene Erfolgszusage und Selbständigkeit der Bankgarantie	73
III. Hinweise aus den weiteren Umständen auf eine Erfolgssicherungsfunktion der Bankgarantie	74
1. Das Interesse des Begünstigten am Erfolg	74
2. Leistungshindernisse wegen wirtschaftsrecht- licher Eingriffe	75
3. Art des abgesicherten Grundverhältnisses	80
IV. Erfolgssicherungsgarantie und typische Bank- garantie	80
§ 6 Die Bankgarantie als leicht zu realisierende Sicherheit	82
I. Die verkehrstypische Formel "auf erstes Anfordern"	83
II. "Auf erstes Anfordern" und "Garantie"	86
1. Grundsätzliches	86
2. Hinweise im Text des Leistungsversprechens auf die zwischenparteiliche Risikozuweisung	91
a) Hinweise in der Präambel	92
b) Hinweise in der einzureichenden Bestätigung	93
c) Geltungsbereich der rigoros verpflich- tenden Klauseln einer Bankgarantie	96
3. Erfordernisse für die praktische Abwicklung durch die Bank	99
4. Hinweise im Grundverhältnis	100
a) Öffentlichrechtliche Verhältnisse	101
b) Privatrechtliche Verhältnisse	101

III. Fazit	105
1. Die Bankgarantie ist keine Erfolgssicherung	105
2. Keine Verpflichtung, die "weiter oder auf etwas anderes" geht als diejenige des Hauptschuldners	109
a) Leistungspflicht als Ausfluss der Umkehr der Parteirollen	110
b) Ungerechtfertigte Inanspruchnahme als Risiko der Bankgarantie	112
3. Bankgarantie als Interzessionsgeschäft	113
4. Teil: Zur Abgrenzung von Bankgarantie und Bankbürgschaft	115
Einleitung	115
§ 7 Akzessorische und selbständige Sicherungsverpflichtungen	118
I. Begriffe	118
1. Vor-positivrechtliches Begriffspaar ?	118
2. Akzessorietät als dogmatische Konzeption	123
3. Akzessorietät als schuldrechtlicher Ausnahmetatbestand	124
4. Akzessorietät als Mittel zur Verwirklichung rechtspolitischer Grundvorstellungen	125
II. Der Bürgschaftsbegriff von Art. 492 Abs. 1 OR	127
1. Klassenlogischer Begriff ?	127
2. Der Bürgschaftsbegriff als Typenbeschreibung	129
III. Zulässigkeit selbständiger Forderungssicherung	131
§ 8 Bankgarantie und Bankbürgschaft	140
I. Gemeinsamkeiten des Kautionsgeschäftes	140

1. Verpflichtung im Auftrag und auf Rechnung eines Bankkunden	140
2. Eventualverpflichtung	141
3. Verpflichtung eines institutionellen Interzedenten	141
a) Kautionsgeschäft als Kreditgeschäft	141
b) Kreditprüfungsverfahren und Kreditformalitäten	142
c) Fehlende Schutzbedürftigkeit	143
d) Kein Eigeninteresse der Bank	144
4. Gleicher praktischer Ablauf bei klarer Verantwortlichkeit für eine Leistungsstörung	144
5. Definitive Vermögenszuweisung bei Verantwortlichkeit des Auftraggebers	145
II. Besonderheiten der Auszahlung einer Bankgarantie	145
1. Zahlung auf erstes Anfordern	145
2. Umkehr der Parteirollen in der Auseinandersetzung über Leistungsstörungen	146
3. Keine definitive Vermögenszuweisung	147
4. Gegenstand des Rückforderungsprozesses	149
III. Besonderheiten der Auszahlung einer Bankbürgschaft	151
1. Zahlung nach den Modalitäten des Bürgschaftsrechts	151
2. Auseinandersetzung im Grundverhältnis über Leistungsstörungen vor der Zahlung unter der Bankbürgschaft	152
3. Stets definitive Vermögenszuweisung	153
IV. Die Funktion von Akzessorietät und Selbständigkeit im Kautionsgeschäft der Bank	153
§ 9 Zur Auslegung von Leistungsversprechen der Bank	156
I. Die Erörterung widersprüchlicher Verpflichtungstexte in der Literatur	156



II. Grundlagen einer sachgerechten Auslegung	162
1. Sicherungsart als Parteirollenzuweisung	162
2. Das Zustandekommen zweifelhafter Verpflichtungstexte	166
3. Die der Bank zugedachte Rolle	168
III. Auslegung nach Vertrauensprinzip	172
1. Grundsatz	172
a) Uebernahme des Insolvenzrisikos des Auftraggebers durch die Bank	172
b) Sofortige Realisierbarkeit als Charakteristikum der Bankgarantie	172
2. Anwendung	174
a) Bezugnahme auf das Grundverhältnis	174
aa) Individualisierung des Sicherungsobjektes	175
bb) Selbstbindung des Begünstigten	175
cc) Bezugnahme als Ausdruck des Erforder- nisses, die materielle Berechtigung nachzuweisen	177
b) Bezugnahme auf die Leistung oder die Leistungspflicht	178
c) Verkehrstypische Klauseln als Festlegung der Zahlbarstellung der Sicherheit	178
d) Entkräftung der verkehrstypischen Formeln	179
IV. Bankgarantie mit dokumentärem Nachweis	179
1. Bankgarantie gegen Vorlage eines Gerichts- oder Schiedsgerichtsurteils	179
2. Uebrige Bankgarantien mit dokumentärem Nachweis	180
3. Tauglichkeit zur Verminderung der Risiken der Bankgarantie	182
4. Anwendung der Regeln zur Abwicklung dokumentärer Bankgarantien auf Bankgarantien mit Effektivklausel	184
Zusammenfassung	185

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A.	Auflage
a	alt (z.B. aOR)
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Oesterreich, vom 1. Juni 1811
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AWD	Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs- beraters (Heidelberg)
BaG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkas- sen, vom 8. November 1934
Bank-Archiv	Oesterreichisches Bank-Archiv (Wien)
BB	Der Betriebs-Berater (Heidelberg)
BB1	Bundesblatt
Bd(e).	Ba(e)nd(e)
Bg	Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich, vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundes- gerichtes, Amtliche Sammlung
BGH	(Deutscher) Bundesgerichtshof
bez.	bezüglich
BR	Bundesrat

Bsp.	Beispiel
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
ERA	Einheitliche Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive (Revision 1983, gültig seit 1. Oktober 1984); Veröffentlichung der IHK Paris, Broschüre Nr. 400
ERVG	Einheitliche Richtlinien für Vertragsgarantien (gültig seit 20. Juni 1978); Veröffentlichung der IHK Paris, Broschüre Nr. 325
Erw.	Erwägung
f (ff)	und folgende (Seite(n), Note(n), usw.)
FEDUCI	Fondation pour l'Etude du Droit et des Usages du Commerce International
FN	Fussnote (nur bei Schriften, die gleichzeitig mit Randnummern versehen sind)
gl.M.	gleicher Meinung
h.A.	herrschende Ansicht
HGB	Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, vom 10. Mai 1897; seit 1938 auch in Oesterreich in Kraft, nach 1945 beibehalten
HG ZH	Handelsgericht Zürich
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber(in)
ICC	International Chamber of Commerce, Paris
id.	idem (derselbe)
IHK	Internationale Handelskammer, Paris
inkl.	inklusive
i.e.S.	im eigentlichen Sinne
i.S.	im Sinne

i.V.m.	in Verbindung mit
Kt.	Kanton
KWG	(deutsches) Kredit- und Wechselgesetz
Lit.	Literatur
lit.	litera
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N	Note, Fussnote, Randnote
nachf.	nachfolgend
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München)
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
OGH	(Oesterreichischer) Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
OR	revidiertes Schweizerisches Obligationen- recht = Bundesgesetz über das Obligationen- recht, vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
§	Paragraph
resp.	respektive
RIW/AWD	Recht der Internationalen Wirtschaft (Heidelberg)
S.	Seite
SAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft (Zürich)
schweiz.	schweizerisch
SJ	Semaine Judicaire (Genf)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	sogenannt
Sten Bull	Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung

StPO	Strafprozessordnung
StR	Ständerat
u.a.	und andere(s); unter anderem (anderen)
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
VVG	Versicherungsvertragsgesetz, vom 2.4.1908
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Köln)
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vom 10. Dezember 1907
ZH ZPO	Zürcherische Zivilprozessordnung
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (Köln)
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Zürich)
z.T.	zum Teil
ZvglrWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechts- wissenschaft

LITERATURVERZEICHNIS

Die nachfolgend aufgeführten Werke werden im Text grundsätzlich nur mit Verfassernamen und Seitenzahl und, soweit dies erforderlich ist, mit einem im Literaturverzeichnis erwähnten Kennwort zitiert. Abhandlungen, die in Periodika erschienen sind, werden unter Angabe der Zeitschrift zitiert. Weitere Literaturhinweise finden sich in den Fussnoten.

- | | |
|---|--|
| Ackermann/Locher/
Jolidon/Rechsteiner | Akkreditive, Dokumentarinkassi,
Bankgarantien, in Schriftenreihe
der Schweizerischen Kreditanstalt,
Heft 69, 4. Aufl. 1985 |
| Aden Menno | Der Arrest in den Auszahlungsan-
spruch des Garantiebegünstigten
durch den Garantie-Auftraggeber, in
RIW/AWD 1981, S. 439 ff |
| Albisetti/Bodmer/
Boemle/Gsell/Rutschi | Handbuch des Geld-, Bank- und
Börsenwesens der Schweiz, 3. A.,
Thun 1977 (Handbuch) |
| Auhagen Ulrich | Die Garantie einer Bank auf "erstes
Anfordern" zu zahlen, Diss. Frei-
burg im Breisgau 1966 |
| Bär Thomas | Zum Rechtsbegriff der Garantie,
insbesondere im Bankgeschäft, Diss.
Zürich 1963 |
| Becker Hermann | Berner Kommentar, Bd. IV, 1: Obli-
gationenrecht, Allgemeine Bestim-
mungen, Art. 1 - 183, 2.A., Bern
1941 |
| Bucher Eugen | Skriptum zum Obligationenrecht,
Besonderer Teil, 2. Aufl. Zürich
1983 |
| von Büren Bruno | Schweizerisches Obligationenrecht,
- Allgemeiner Teil, Zürich 1964
(von Büren I)
- Besonderer Teil, Zürich 1972
(von Büren II) |
| von Caemmerer Ernst | Bankgarantien im Aussenhandel, in:
Festschrift Otto Riese, Karlsruhe
1964, S. 295 ff. |
| Canaris Claus-Wilhelm | Bankvertragsrecht, 2.A., Berlin/New
York 1981 |

- | | |
|--|---|
| Dohm Jürgen | Bankgarantien im internationalen Handel, Bern 1985 |
| Engel Pierre | Traité des obligations en droit suisse, Neuchâtel 1973 |
| Esser/Weyers | Schuldrecht II, Besonderer Teil, 6. Aufl., Heidelberg 1984 |
| Finger Peter | - Formen und Rechtsnatur der Bankgarantie, in BB 1969, S. 206 ff
- Bankgarantien und deutsches Internationales Privatrecht, in AWD 1969, S. 486 ff. |
| Fondation pour l'Etude du Droit et des Usages du Commerce International (FEDUCI) (Hrsg.), div. Autoren | - Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, publication du colloque de Tours de Juin 1980, Paris 1981 (Autor FEDUCI Garanties)
- Les suretés, publication du colloque de Bruxelles d'Octobre 1983, Paris 1984 (Autor FEDUCI Sûretés) |
| Gauch/Schluep/Jäggi | Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bde. I und II, 3.A., Zürich 1983 |
| Gilliéron Pierre André | Les garanties personnelles en matière bancaire, Thèse Genève 1958 |
| Giovanoli Silvio | Berner Kommentar, Bd. VI, 2: Obligationenrecht, 2. Abt. 7. Teilbd., die Bürgschaft, Art. 492 - 512, 2.A., Bern 1978 |
| Guggenheim Daniel | Les contrats de la pratique bancaire suisse, 2. Aufl. Genève 1981 |
| Guhl/Merz/Kummer | Das Schweizerische Obligationenrecht, 7.A., Zürich 1980 |
| Guldener Max | Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979 |
| Gutzwiller Max Peter | Die Wahlfreiheit zwischen Bürgschaft und Garantie, in ZSR 1984 S. 121 ff |
| Heck Philipp | Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929 |
| Hein Thomas | Der Zahlungsanspruch des Begünstigten einer Bankgarantie "auf erstes Anfordern", Diss. Giessen 1982 |

- Horn Norbert Bürgschaften und Garantien zur Zahlung auf erstes Anfordern, in NJW 1980, S. 2153 ff.
- Huber Harald G. Personalsicherheiten bei der Erteilung von Bankkrediten unter Berücksichtigung der sogenannten Patronats-Erklärungen, in: Rechtsprobleme der Bankpraxis, Bankwirtschaftliche Forschungen, Bd. 36, Bern/Stuttgart 1976, S. 47 ff.
- Internationale
Handelskammer (Hrsg.) Einheitliche Richtlinien für Vertragsgarantien, Publikation Nr. 325, Paris (ERVG)
- Jäggi/Gauch Zürcher Kommentar, Bd V, Obligationenrecht, Teilbd 1b, Art. 18, Zürich 1980
- Käser Jörg Garantieversprechen als Sicherheit im Handelsverkehr, in Bergström/Schultsz/Käser, Garantieverträge im Handelsverkehr, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Bd. 59, Frankfurt am Main 1972, S. 25 ff.
- Keller/Landmann Haftpflichtrecht, Zürich 1979
- Kleiner Beat - Bankgarantie, 3.A., Zürich 1979 (Kleiner)
- Die Zahlungspflicht der Bank bei Garantien und unwiderruflichen Akkreditiven, in SJZ 72, 1976, S. 353 ff.
- Koziol Helmut Der Garantievertrag, in Recht - Wirtschaft - Aussenhandel, Bd. 2, Wien 1981
- Kramer Ernst A. Berner Kommentar, Bd. VI, Obligationenrecht, 1. Abt. 1. Teilbd, Lieferung 4, Bern 1985
- Kübler Friedrich Feststellung und Garantie, Tübingen 1967
- Larenz Karl - Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. München 1980 (Larenz Allgemeiner Teil)
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5 Aufl. Berlin/Heidelberg/New York 1983 (Larenz Methodenlehre)

- Reichel Hans Die Schuldmitübernahme, München 1909
- Reichwein Heinz Bankgarantie und Bürgschaft, in SJZ 52, 1956, S. 374 ff.
- Roesle Eugen A. Die internationale Vereinheitlichung des Rechts der Bankgarantien, Diss. Zürich 1983
- Schinnerer/Avancini
- Bankverträge, II. Teil, 3.A., Wien 1978 (Schinnerer/Avancini II)
 - Bankverträge, III. Teil, 3.A., Wien 1976 (Schinnerer/Avancini III)
- Schinnerer Erich
- Neue Regeln der Internationalen Handelskammer für Kontraktgarantien, in Bank-Archiv 1979, S. 42 ff.
 - Zum Problem der Aufstellung von Regeln für Garantien, die im internationalen Handel Verwendung finden, in Bank-Archiv 1978, S. 51 ff.
 - Garantie oder Bürgschaft, in Bank-Archiv 1972, S. 439 ff.
- Schluep Walter R. Innominatverträge, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, Basel/Stuttgart 1979
- Schneeberger Ernst Garantien?, in SJZ 75, 1979, S. 74 f
- Schönenberger/Jäggi Zürcher Kommentar, Bd. V, Obligationenrecht, Teilbd. 1a, Art. 1 - 17, 3.A., Zürich 1973
- Schönle Herbert
- Bank- und Börsenrecht, 2.A., München 1976 (Schönle)
 - Missbrauch von Akkreditiven und Bankgarantien, in SJZ 79, 1983, S 53 ff und 73 ff
- Schulin/Vogt Tafeln zum Schweizerischen Obligationen Recht I, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Zürich 1984
- Schürmann Leo Aval und Bürgschaft unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung, in SJZ 45, 1949, S. 200 ff

- Schütze Rolf A. Zur Geltendmachung einer Bankgarantie "auf erstes Anfordern", in RIW/AWD 1981, S. 83 ff.
- Scyboz Georges Garantievertrag und Bürgschaft, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, Basel/Stuttgart 1979, S. 315 ff.
- Spiro Karl Ueber den Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des revidierten Obligationenrechts, Basel 1948
- Stammler Rudolf Der Garantievertrag, in AcP 69/19, 1886, S. 1 ff.
- Sträuli/Messmer Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1976
- Stumpf Herbert Einheitliche Richtlinien für Vertragsgarantien (Bankgarantien) der Internationalen Handelskammer, in RIW/AWD 1979, S. 1 ff.
- Trost Ulrich Problemlösung beim Bankgarantiegeschäft durch Umstrukturierung des Geschäftstypus, in RIW/AWD 1981, S. 659 ff.
- von Tuhr/Peter Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3.A., Zürich 1974/79
- von Tuhr/Escher Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3.A., Zürich 1974
- Weiss Robert Die Rechtsverhältnisse beim gemischten Vertrag nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1947
- von Westphalen Friedrich, Graf - Rechtsprobleme der Exportfinanzierung, 2.A., Heidelberg 1978 (von Westphalen Exportfinanzierung)
- Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr, Heidelberg 1982 (von Westphalen)
- Neue Tendenzen bei Bankgarantien im Aussenhandel?, in WM 1981, S. 294 ff.
- Wiegand Wolfgang Akzessorietät und Spezialität, in Probleme der Kreditsicherung, Bern 1982

EINLEITUNG

Die praktisch sehr bedeutsamen (1) **Kautionsverpflichtungen** einer Bank sollen - in noch näher zu untersuchendem Umfange - regelmässig ein Rechtsverhältnis absichern, an welchem Auftraggeber und Begünstigter der Kautionsverpflichtung beteiligt sind. Der Zugriff auf die Sicherheit ist von den Beteiligten meist nur für den Fall vorgesehen, dass im Grundverhältnis eine Störung eintritt, insbesondere die erwartete Hauptleistung ausbleibt. Die Bank muss mithin in der Praxis aus einer Kautionsverpflichtung nur ausnahmsweise Zahlung leisten.

Während die ältere schweizerische Lehre die Auffassung vertrat, wie immer formulierte "sogenannte Bankgarantien" hätten generell als Bürgschaften zu gelten, geht die vorliegende Untersuchung in Uebereinstimmung mit der heute einhelligen Literaturmeinung und Gerichtspraxis davon aus, dass die Banken im Rahmen des Kautionsgeschäftes neben **akzessorischen Bankbürgschaften** davon zu unterscheidende **selbständige Bankgarantien** abgeben.

Die typische, häufig formularmässige **Bankbürgschaft** lautet in ihrem wesentlichen Passus etwa wie folgt:

"Die Bank A verpflichtet sich hiermit gegenüber B für die richtige Erfüllung der von C übernommenen Verpflichtungen betreffend den Vertrag X als Bürge im Sinne von Art. 492 ff des Schweizerischen Obligationenrechtes."

Aufgrund von Art. 502 Abs. 1 OR kann die Bank dem Begünstigten die Einwendungen und Einreden des Hauptschuldners entgegenhalten. Im wesentlichen wird diese Rechtslage eingefangen, wenn

(1) Die Statistik der Schweizerischen Nationalbank weist per 31.12.1984 "Aval-, Bürgschafts- und Garantieverpflichtungen sowie Verpflichtungen aus Akkreditiven" im Umfang von Fr. 60'700 Millionen aus (S. 180), ohne die Anteile der einzelnen Geschäftssparten auszuschneiden. Bei den Schweizer Grossbanken machten im gleichen Zeitpunkt die Akkreditive 35% und die Kautionen 65% dieser Verbindlichkeiten von total Fr. 40'466 Millionen aus. Bei den übrigen Banken dürfte der Anteil der Kautionen gar noch wesentlich höher liegen.

die Bankbürgschaft als **akzessorische Sicherungsverpflichtung** bezeichnet wird.

Die verkehrstypische **Bankgarantie auf erstes Anfordern** kann demgegenüber im wesentlichen folgenden Wortlaut aufweisen:

"An B. Wir haben davon Kenntnis genommen, dass Sie mit C einen Vertrag X abgeschlossen haben. Dies vorausgeschickt, verpflichten wir, Bank A, uns hiermit im Auftrage von C unwiderruflich, Ihnen auf erstes Anfordern und ohne Erhebung einer Einrede oder Einwendung einen Betrag bis zur Höhe von Fr. ... zu zahlen, gegen Ihre schriftliche Bestätigung, dass der verlangte Betrag fällig ist."

Wegen dieses ausdrücklichen Verzichtes auf Einwendungen des Hauptschuldners gilt die Bankgarantie als **selbständige Sicherungsverpflichtung**.

Zahlreich sind aber in der Praxis Verpflichtungstexte anzutreffen, die sich **nicht ohne weiteres** einem der beiden Grundtypen **zuordnen** lassen, wie etwa ein Text mit folgendem Passus:

"... Zahlung auf erstes Anfordern, falls der Verkäufer den Lieferpflichten nicht nachkommt." (2)

Literatur und Rechtsprechung versuchen i.d.R., eine solche Verpflichtung **entweder** der Bankbürgschaft **oder** der Bankgarantie zuzuordnen, wofür verschiedene Zuordnungskriterien beigezogen werden. Ist diese Zuordnung vollzogen, so ist auch entschieden, welche Rechtswirkungen die Verpflichtung entfaltet, namentlich ob die Bank Einwendungen aus dem abgesicherten Sachverhalt erheben kann oder nicht.

Während die Bankbürgschaft nach schweizerischem Recht unzweifelhaft als Bürgschaftsverpflichtung i.S.v. Art. 492 ff OR zu gelten hat, wird die Bankgarantie von der h.L. als **Unterfall des Garantievertrages** bezeichnet, der in Art. 111 OR eine - allerdings rudimentäre - Erwähnung gefunden hat. Mit dem Garantievertrag steht etwa ein Dritter (z.B. der Veräusserer von

-
- (2) Beispiel von Dohm N 85.
 - (3) BGE 46 II 157.

Aktien) für die Ausschüttung eines bestimmten Betreffnisses durch eine Gesellschaft ein (3), oder ein Spediteur garantiert, eine von einem Dritten geschuldete und im Ausland sich befindliche Ware "an Sie zur Ablieferung bringen zu können" (4). Wird ein solcher Garant belangt, so kann er zunächst **keine Einwendungen** und Einreden erheben, die der Dritte, dessen Leistung er versprochen hat, seinerseits dem Begünstigten entgegenhalten könnte. Im weiteren wird einhellig als wesensbestimmendes Merkmal solcher Verpflichtungen bezeichnet, dass sie dem Begünstigten nicht nur die Erfüllung einer Schuldpflicht, sondern den **Erfolg**, den Erhalt einer Leistung absichern, unabhängig davon, ob diese geschuldet ist oder nicht.

Die Ueberprüfung der namentlich in der schweizerischen Literatur vertretenen These, dass auch die Bank, die "auf erstes Anfordern" und "ohne Erhebung von Einwendungen" Zahlung zu leisten verspricht, in gleicher oder vergleichbarer Weise für einen Erfolg einstehe, ist Ausgangspunkt dieser Untersuchung. Das - um es vorwegzunehmen negative - Ergebnis führt im Anschluss daran zu Ueberlegungen über die theoretische und praktische Abgrenzung zwischen Bankgarantie und Bankbürgschaft, sowie über die sachgerechte Auslegung von in ihrem Wortlaut zweifelhaften Kautionsverpflichtungen.

Im wesentlichen ausgeklammert bleiben demgegenüber Einzelfragen der praktischen Abwicklung des Kautionsgeschäftes, namentlich der verkehrstypischen Bankgarantie auf erstes Anfordern; Rechtsfragen um die indirekte Bankgarantie; aber auch solche im Zusammenhang mit der Bewältigung der Problematik des Missbrauchs selbständiger Bankgarantien. Diese Beschränkung auf eine eher grundsätzliche Fragestellung rechtfertigt sich nicht zuletzt, weil zu diesen hier nur am Rande berührten Fragen in jüngerer Zeit zahlreiche Publikationen erschienen sind. Diese erlauben, für Einzelfragen jeweils auf solche Abhandlungen zu verweisen (5).

(4) BGE 75 II 50.

(5) In diesem Sinne wird im folgenden regelmässig auf die Untersuchungen Dohms und von Westphalens verwiesen.

1. Teil und § 1

GRUNDLAGEN

I. Risiko und Risikoabsicherung

Rechtsgeschäfte mit Sicherungseffekt werden abgeschlossen, weil von den Beteiligten **Risiken** vorausgesetzt werden. Ein Risiko besteht in der Möglichkeit des Eintritts eines befürchteten, nachteiligen - oder des Ausbleibens eines erwarteten, vorteilhaften - ungewissen Ereignisses, wobei sich die Verwirklichung des Risikos auf das Vermögen auswirkt (1).

Ein wirtschaftliches Interesse mag am Ausbleiben eines befürchteten Ereignisses bestehen, das ausschliesslich vom **Zu-fall** abhängt, d.h. von zielgerichtetem menschlichem Verhalten unabhängig ist (2). Häufiger sind aber Erwartungen in das Verhalten eines anderen Rechtssubjektes Gegenstand rechtsgeschäftlicher Sicherung. Obwohl der Ausdruck "Verhalten" die Wirklichkeit besser und umfassender einfängt, wird dieser Sicherungsgegenstand im folgenden mit dem eingebürgerten Begriff der "**Leistung**" (3) bezeichnet; dies in Anlehnung an den deutschsprachigen Gesetzeswortlaut von Art. 111 OR (4).

(1) Scyboz S. 321.

(2) Vgl. Art. 48 VVG; Keller/Landmann Tafel 6.

Hauptfall rechtsgeschäftlicher Sicherung, gleichzeitig auch dogmatisch von den obigen beiden Sicherungsgegenständen zu unterscheiden, ist die Sicherung einer geschuldeten Leistung. Die erwartete Leistung steht diesfalls nicht nur im Zusammenhang mit einem bestimmten oder bestimmbaren Schuldverhältnis, sondern **Forderungen** aus einem solchen werden abgesichert.

Die meisten rechtsgeschäftlichen Bindungen sind zum vorneher ein (auch) vom Bedürfnis nach Sicherung - Voraussehbarkeit - bestimmt. Als **Sicherungsabrede** wird deshalb im folgenden ein Rechtsgeschäft bezeichnet, das seinem Begünstigten weitergehendere Rechte zugesteht als diejenigen, die das Gesetz ihm in einem solchen Rechtsverhältnis - i.d.R. dispositiv - im Blick auf ein damit verbundenes Vermögensrisiko ohnehin einräumt (5). Die Sicherungsabrede kann ein eigenständiges Rechtsgeschäft oder Bestandteil eines anderen sein, häufig des gerade abzusichernden Rechtsverhältnisses. Als Effekt kann sie die Durchsetzung eines schon bestehenden Rechts erleichtern (6) oder Risiken absichern, die ohne die zusätzliche Sicherungsvereinbarung nicht gedeckt wären (7).

In der Regel liegt das Wesenselement eines Rechtsgeschäftes im Inhalt der vereinbarten Leistung (8). Demgegenüber ist die

-
- (3) Scyboz (S. 328) spricht von Leistung, wenn ein zukünftiges Verhalten nicht vom Willen des Sicherungsgebers, aber auch nicht ausschliesslich vom Zufall abhängig ist. Aehnlich Engel N 95 und 96 1. Abs. "un fait quelconque de l'homme". Nach Giovanoli (N 13 zu OR 492) kann demgegenüber der Begriff der Leistung des Art. 111 OR - mithin der Gegenstand des Garantievertrages - weiter oder auf etwas anderes gehen als auf Leistung und Versprechen des Dritten.
 - (4) Vgl. demgegenüber den treffenderen Begriff des "fait d'un tiers" des französischsprachigen Gesetzeswortlautes.
 - (5) Zur gesetzlichen Sicherung des Gläubigers Gauch/Schluep/Jäggi N 2442 ff.
 - (6) Insbesondere, wenn der Schuldner selbst Sicherungsbelasteter ist, vgl. Gauch/Schluep/Jäggi N 2456.
 - (7) So sämtliche Personalsicherheiten.

Leistung des Sicherheitsgebers im Endeffekt, d.h. wenn zufolge der Verwirklichung des Risikos auf die Sicherheit gegriffen werden muss, meist ausschliesslich ein **Geldwert**: sei es direkt eine Geldzahlung (9), sei es der Zugriff auf eine hinterlegte Geldsumme, sei es der Erlös aus der Verwertung eines Pfandobjekts. Sollte ausnahmsweise Realersatz oder eine andere Nicht-Geldleistung erbracht werden, so ist das wiederum in aller Regel nicht wesentlich für die Art der Sicherungsvereinbarung (10).

Allein der **Sicherungszweck** unterscheidet deshalb u.U. ein Sicherungsgeschäft von anderen Rechtsgeschäften. Die Verwendung eines Geldwertes zur Sicherung ist andererseits Gemeinsamkeit der Sicherungsgeschäfte (11), die sich untereinander vorab in der Person des Sicherungsgebers, im Sicherungsgegenstand und darin unterscheiden, wie der Zugriff auf die Sicherheit gestaltet ist.

Diese schmale Basis zu einer Unterscheidung - der Sicherungszweck, welcher nicht allein den Sicherungsgeschäften eigen ist und der vielleicht nicht einmal eindeutig zu erkennen gegeben wurde - ist Ursache, dass in der Abgrenzung der Sicherungsvon anderen Rechtsgeschäften und im Verhältnis einzelner Sicherungsarten untereinander häufig "schon auf **abstrakter**

-
- (8) Weiss S. 25: Nicht nach dem Inhalt der Leistung gestaltet sind etwa auch Leibrente, Gesellschaft, Anweisung, Spiel und Wette.
- (9) Dass der Bürge eine Ersatzleistung und der Garant Schadenersatz zu erbringen habe, macht im Resultat keinen wesentlichen Unterschied, vgl. Gutzwiller ZSR 1984 S. 121 f N 36.
- (10) So können Bürge (Oser/Schönenberger N 16 zu OR 492) wie Garant (Engel S. 293) selber die vom Hauptschuldner geschuldete Leistung erbringen.
- (11) Vgl. Kleiner S. 90 V.

Ebene eine operationale Unterscheidung nicht möglich ist" (12). Erst recht fällt häufig die Zuordnung einer **konkreten Vereinbarung** ausserordentlich schwer, weil sich vieles erst aus Zweck und Umständen ergibt (13), im Streitfall aber jeder Beteiligte sich gerade darin auf eine andere Sinngebung beruft.

Hinzu kommt, dass die gesetzliche Regelung der klassischen Sicherungsgeschäfte (Pfandrecht und Bürgschaft) **zwingende Normen** enthält, die unabhängig vom oder gar entgegen dem Willen der Beteiligten Wirkung entfalten. Diese zwingenden Normen schränken zwar das Dispositionsfeld der Beteiligten ein, heben aber nicht den **Grundsatz der Vertragsfreiheit** (14) im Bereiche der Sicherungsabreden auf. Deshalb können einerseits Vertragstypen (auch ausschliessliche) Sicherungsfunktion erfüllen, die von der Idee her anderen Zwecken dienen (15). Andererseits steht es den Rechtssubjekten frei, Sicherungsabreden zu treffen, die von den Vorbildern des Besonderen Teils des OR und der Spezialgesetze abweichen (16).

Definitionsgemäss hat eine Sicherungsabrede die Uebernahme eines Risikos zum Gegenstand. Für den Sicherungsbegünstigten ist deshalb letztlich entscheidend, welches Risiko ihm damit abgenommen ist. Weil aber die Verwirklichung dieses Risikos nur eventuell ist, es sich gar in der Mehrzahl der Fälle nicht verwirklicht, verschafft die Sicherheit auch **Vertrauen** (17): zunächst in richtige Erfüllung der Hauptleistung, dann

(12) Esser/Weyers II S. 312.

(13) Vgl. Giovanoli N 14a zu OR 492.

(14) Art. 19 Abs. 1 OR; Schluep S. 777 und dort zit. Lit.

(15) Scyboz S. 332. Vgl. etwa die fiduziarischen Rechtsgeschäfte, Guhl/Merz/Kummer S. 115 ff.

(16) Formulierung Schluep S. 778.

(17) Vgl. die von Bruyneel FEDUCI Sûretés S. 10 zitierte Definition des indischen Kommentators Vijnanesvara aus dem Jahre 1125: "La sûreté signifie un contrat ou un accord

in befriedigende Bewältigung allfälliger Leistungsstörungen und nur in letzter Linie in Schadloshaltung durch Zugriff auf die Sicherheit. Nur wenn ein solches Vertrauensverhältnis geschaffen, also eine Sicherheit gestellt wird, ist der Gläubiger deshalb häufig bereit, überhaupt eine rechtsgeschäftliche Bindung einzugehen. Dies gilt namentlich, wenn er darin eine Vorleistung erbringen soll.

In der rechtlichen Beurteilung von Sicherungsgeschäften steht somit das vom Sicherungsgeber übernommene Risiko im Zentrum des Interesses und deshalb auch in dieser Untersuchung an zentraler Stelle. In der **Praxis** jedoch genügt den Beteiligten in aller Regel bereits, dass ein Risiko allenfalls auf einen rechtsgeschäftlichen Risikoträger überwältzt werden **könnte**. Dies gilt nicht nur für die Sicherungsbedürfnisse des Begünstigten, sondern auch mit Bezug auf den Effekt, dass eine Sicherungspflicht gleichzeitig die **Leistungsbereitschaft des Schuldners** erhöht.

II. Personalsicherheiten (18)

Mit der obligatorischen Sicherungsverpflichtung (19) eines aussenstehenden Dritten wird der Kreis der am abgesicherten Sachverhalt - im folgenden: Grundverhältnis - Beteiligten um einen **zusätzlichen Risikoträger** für diejenigen Risiken er-

avec une tierce partie qui a pour objet (ou pour but) la confiance".

- (18) Weiter gefasst ist der Begriff der persönlichen Sicherheit (i.w.S.) bei Scyboz S. 336, die solche Sicherheiten einschliesst, die der Schuldner für seine eigene Leistung erbringt. Als persönliche Sicherheiten i.e.S. bezeichnet Scyboz (S. 344) Garantievertrag und Bürgschaft, wohl auch Aval und Versicherungsvertrag.
- (19) Schuld mit unbegrenzter Haftung (Scyboz S. 336) im Unterschied zu den Realsicherheiten.

weitert, die dieser übernommen hat. D.h., die Folgen der Verwirklichung der übernommenen Risiken wird der Sicherungsgeber (Promittent) allenfalls aus dem eigenen Vermögen bestreiten.

Die Rechtsnatur der allfälligen Leistung des Promittenten ist umstritten (20), aber kaum je von praktischer Bedeutung. Im folgenden wird sie unspezifisch **Ersatzleistung** genannt, unabhängig davon, ob sie im Einzelfall als stellvertretend erbrachte Hauptleistung, als Erfüllungssurrogat, als Schadenersatzzahlung, als pauschalisierte Ersatzleistung, als Privatstrafzahlung oder dergleichen zu qualifizieren wäre.

Der Begünstigte wünscht sich eine Personalsicherheit, weil er mit der Möglichkeit rechnet, in seinen Erwartungen bezüglich des Grundverhältnisses enttäuscht zu werden. Wogegen er sich absichern will, wird im folgenden als **Leistungsstörung** bezeichnet. Es mag das Ausbleiben richtiger Erfüllung einer geschuldeten Leistung sein, der Misserfolg eines "Unternehmens" (21), das Nichtzustandekommen oder Dahinfallen einer rechtsgeschäftlichen Bindung, das Entstehen eines sonstigen Schadens oder dergleichen (22).

Die **Leistungspflicht des Promittenten** aus der Sicherungsverpflichtung braucht nun nicht erst aktuell zu werden, wenn sich das **von ihm übernommene Risiko** verwirklicht hat. Vielmehr braucht sich zunächst - gerade weil eine Sicherungsverpflichtung besteht - das Risiko für den Begünstigten gar nicht zu aktualisieren, wie z.B. der fehlende Leistungswille des Hauptschuldners, weil unabhängig davon der Promittent zu leisten verpflichtet ist. Sodann genügt meist bereits eine Leistungsstörung im Grundverhältnis, um die Fälligkeit der

(20) Vgl. die Nachweise bei Gutzwiller ZSR 1984 S. 121f N 3b.

(21) Vgl. Koziol S. 1 m.w.N.

(22) Der Begriff umfasst somit auch rechtliche Mängel.

Zahlungspflicht des Promittenten zu bewirken: der Hauptschuldner ist mit seiner Leistung im Rückstand und erfolglos gemahnt worden; der Solidarbürge kann belangt werden (Art. 496 Abs. 1 OR). Im letzteren Fall hat sich zwar **ein** Risiko verwirklicht: es ist eine Leistungsstörung im Grundverhältnis eingetreten (23). In beiden angeführten Fällen aber steht offen, ob sich das vom Promittenten **übernommene** Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners verwirklicht hat; gerade bei Personalsicherheiten im Bankbereich steht die Solvenz des Hauptschuldners trotz Inanspruchnahme des Leistungsversprechens (24) der Bank meistens in keiner Weise in Frage (25).

Übernommenes Risiko und Voraussetzungen der Inanspruchnahme der Sicherheit können auseinanderklaffen, tun dies sogar in der Mehrzahl der Fälle. Es lässt sich deshalb sagen: eine Personalsicherheit hat (eigentliche) **Sicherungsfunktion**, soweit sich das vom Promittenten übernommene Risiko verwirklicht. Daneben gewährleistet sie aber regelmässig auch die **Abwicklung** von Leistungen (26) des letztlich Leistungs-

(23) Im Einzelfall kann diese sogar das übernommene Risiko, die Insolvenz des Hauptschuldners auslösen.

(24) Der Begriff von Nobel (S. 374) umfasst sämtliche Eventualverpflichtungen der Bank für Rechnung ihres Kunden. Er soll im folgenden vorab verwendet werden, wenn Bankgarantie und/oder Bankbürgschaft gemeint sind. Andere Bedeutung hat der allgemein-schuldrechtliche Begriff (vgl. Gauch/Schluep/Jäggi N 227).

(25) Auf die besondere Rechtslage, wenn gar die Behauptung einer Leistungsstörung genügt, um die Zahlung des Promittenten auszulösen, soll erst an späterer Stelle eingetreten werden (hinten S. 82 ff und 145 ff).

(26) Dabei ist aber nicht zu verkennen, dass in gewissem Sinne auch diesbezüglich eine Risikoabsicherung stattfindet, nämlich vor dem Risiko nicht-termingemässer Erfüllung, sowie dass nachträglich nicht mehr erfüllt werden kann. Diese "Sicherung" wird aber hier von der eigentlichen Risikoübernahme unterschieden und der Erleichterung der Befriedigung des Gläubigers zugerechnet. - Vgl. auch nachfolgend III. zum Verhältnis Interzession - Intervention.

pflichtigen an den Leistungsberechtigten; sei es - zum vorneherein vorgesehen - Erfüllung der Hauptleistung, sei es Ersatzleistung im Zusammenhang mit einer Leistungsstörung (27).

Es würde zu weit führen und wäre für diese Untersuchung auch unergiebig, eine umfassende Systematik der Personalsicherheiten darzustellen, auch wenn im folgenden viel von diesbezüglichen dogmatischen Fragen und Abgrenzungsproblemen die Rede sein wird. Gegenstand dieser Untersuchung ist zunächst die **Bankgarantie**, die im allgemeinen in irgendeiner Art dem Garantievertrag zugerechnet wird (28). In der rechtlichen Beurteilung der Bankgarantie ist sodann die praktisch wichtigste Frage diejenige ihrer Abgrenzung gegenüber der (Bank-) Bürgschaft. Deshalb genügt in diesem Zusammenhang ein Hinweis darauf, wie diese beiden Vertragstypen von der Rechtswissenschaft (bzw. vom Gesetz) definiert werden. Da daneben der Ausdruck "Garantie" in mannigfaltigem Zusammenhang verwendet wird (29), ist weiter klarzustellen, was im folgenden unter "Garantievertrag" bzw. "Garantievertrag i.e.S." verstanden wird:

1. **Bürgschaft** ist Entstehen für die Schuld eines Hauptschuldners (Art. 492 Abs. 1 OR). Dieses Entstehen ist **akzesessorisch**: d.h. die Bürgenschuld teilt das Schicksal der Hauptschuld und ist auf deren Umfang beschränkt (30). Insbesondere um letzteres zu gewährleisten, ist der Bürge "berechtigt und verpflichtet, dem Gläubiger die Einreden entgegenzusetzen, die dem Hauptschuldner oder seinen Erben zustehen und

(27) Personalsicherheiten i.e.S. (vgl. vorne S. 9 N 18) lassen sich damit nicht auf solche einschränken, die ausschliesslich Sicherungsfunktion haben (vgl. aber Scyboz S. 337), sondern höchstens auf solche, die zu ihrer (vereinbarungsgemässen) Inanspruchnahme eine Leistungsstörung im Grundverhältnis zur Voraussetzung haben.

(28) Im einzelnen nachfolgend 2. Teil S. 21 ff.

(29) Vgl. Scyboz S. 336.

(30) Kleiner S. 39 f m.w.N.

sich nicht auf die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners stützen" (Art. 502 Abs. 1 OR). Damit übernimmt der Bürge dieses **Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners** und zusätzlich allenfalls dasjenige anderer Beschränkungen von dessen Belangbarkeit (31). Da der Bürge nach schweizerischem Recht nicht zum Voraus auf die ihm vom Bürgschaftsrecht eingeräumten Rechte verzichten kann (Art. 492 Abs. 4 OR), ist seine Risikoübernahme de lege auf den erwähnten Umfang beschränkt.

Allerdings kann Bürgschaftsrecht auch anwendbar sein, wenn jemand sich verpflichtet, für die Schuld aus einem wegen Irrtums oder Vertragsunfähigkeit für den Hauptschuldner **unverbindlichen Vertrag** oder für eine **verjährte Schuld** einzustehen (Art. 492 Abs. 3 OR); des weiteren für die Einbringlichkeit einer Forderung, wenn die Leistungspflicht des im Ausland wohnhaften Hauptschuldners durch die ausländische Gesetzgebung **aufgehoben** oder eingeschränkt wird (Art. 501 Abs. 4 OR). Weil damit nicht mehr eigentlich von akzessorischem Entstehen für eine Schuldpflicht die Rede sein kann (32) und das Gesetz selber in Art. 492 Abs. 3 OR von einer Haftung "unter den Voraussetzungen und nach den Grundsätzen des Bürgschaftsrechtes" spricht (33), werden diese Sonderfälle jedoch dogmatisch regelmässig dem Garantievertrag zugerechnet (34).

2. Der **Garantievertrag** sichert demgegenüber die **Leistung** eines Dritten (fait d'un tiers) unabhängig davon, ob diese ge-

(31) Scyboz S. 384.

(32) In der Terminologie Kleiners von Bürgschaft als "vorpositivrechtlicher Begriff" (S. 19) bzw. von "reiner Bürgschaft" (S. 86). Vgl. auch von Caemmerer S. 305.

(33) Nach Kleiner (S. 86) und Scyboz (S. 368) liege zudem keine Bürgschaft vor, weil Art. 492 Abs. 3 OR (entgegen dem Wortlaut von Art. 494 Abs. 3 aOR) nicht mehr von "verbürgen", sondern von "einstehen" spreche. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass der Bürge stets, auch nach Art. 492 Abs. 1 OR "einsteht".

(34) Vgl. die Nachweise bei Kleiner S. 86 N 278.

schuldet ist oder nicht, d.h. als erhofften **Erfolg**. Diese "Leistung" mag der Promissar vom Dritten im Rahmen eines bestehenden oder als bestehend vorausgesetzten Schuldverhältnisses mit diesem erwarten (35); oder es besteht überhaupt kein solches Schuldverhältnis zwischen Promissar und Drittem (36).

Auch wenn die Leistung des Dritten auf einer vollstreckbaren Schuldverpflichtung beruht, ist ein Garantievertrag i.e.S. nicht ausgeschlossen, denn die Verpflichtung des Promittenten kann weiter oder auf etwas anderes gehen als diejenige des Dritten (37). Diesfalls sichert der Garantievertrag allenfalls im **Effekt** (38), "als bloss zufällige und indirekte Folge" (39), auch die **Erfüllung einer Schuldpflicht**, darüber hinaus als wesensbestimmendes Merkmal aber auch deren **Bestand und Erzwingbarkeit** (40). Der Promittent übernimmt damit nicht bloss das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners, sondern auch dasjenige, dass dieser die erwartete **Leistung nicht (mehr) schuldet** (41).

In dieser Untersuchung ist unter einem Garantievertrag nur ein solcher im **Sinne einer Personalsicherheit** (42) verstanden. Nach herrschender Terminologie gilt demgegenüber auch als Garantievertrag (Erfolgssicherungsgarantie (43)), wenn im Rahmen

(35) "Bürgschaftsähnliche Garantie" in der Terminologie Kleiners S. 37; kritisch zum in der Tat unglücklichen Begriff Dohm S. 57 FN 43.

(36) "Reine Garantie" (Kleiner S. 33); i.d.R. sog. "Animiergarantien" (Bär S. 12).

(37) BGE 75 II 51.

(38) Kleiner S. 42.

(39) Scyboz S. 387.

(40) Scyboz S. 387.

(41) Vgl. von Büren II S. 306.

(42) Vgl. aber den abweichenden Begriff der Personalsicherheit von Scyboz S. 336; vorne S. 9 N 18.

(43) Vgl. auch hinten S. 68 ff.

eines zweiseitigen Schuldverhältnisses, etwa eines Kauf- oder Werkvertrages, ein Erfolg versprochen wird, der über die bloss-
se Vertragsgemässheit der Leistung hinausgeht und auch von anderen Faktoren abhängig ist (44). Man nennt einen solchen Vertrag, der nur in äusserlicher Verbindung mit dem Hauptvertrag stehe, einen selbständigen, aber verbundenen Garantievertrag (45). Solche "verbundene Garantieverträge" werden im folgenden im Interesse begrifflicher Klarheit als **verbundene Erfolgszusage** bezeichnet. Mit diesem Begriff kann etwa die Rechtslage klarer dargelegt werden, wenn zwar sowohl ein Rechtsverhältnis durch eine Personalsicherheit abgesichert, als auch ein Erfolg versprochen ist, letzteres aber nicht vom Intervenienten, sondern von einem Beteiligten am Grundverhältnis (46).

-
- (44) Von Westphalen S. 53 m.w.N. Besonders übersichtlich die Darstellung der herrschenden Systematik bei Koziol S. 3 ff.
- (45) Kleiner S. 96, daselbst in N 328 weitere Nachweise zum - insbesondere terminologischen - Streit. - M.E. vermag die oben im Text wiedergegebene Definition der "verbundenen Garantie" nicht voll zu befriedigen. Von der Zusage eines Erfolges, der über die bloss-
se Vertragsgemässheit der Leistung hinausgeht, kann nicht eigentlich die Rede sein, weil dann eben nur dieser Erfolg "vertragsgemäss" ist. Vgl. die ähnliche Argumentation von Becker N 4 zu OR 163 bez. den vom Schuldner zu vertretenden Umständen. - Treffender würde man wohl von einer Modifizierung, allenfalls von einer Verbindung von Vertragstypen sprechen. - Ebensowenig vermag zu überzeugen, dass dann ein selbständiger Garantievertrag vorliege, wenn der Erfolg von anderen Faktoren abhängt als von vertragsgemässer Leistung, denn auch die vertragsgemässe Leistung kann häufig in gleicher Weise von "anderen Faktoren" als nur dem Verhalten des Schuldners abhängen.
- (46) Diese Terminologie rechtfertigt sich insbesondere, weil das Leistungsversprechen einer Bank regelmässig eine Personalsicherheit darstellt und eine "Leistung" absichert, die im Rahmen eines bestimmten Schuldverhältnisses steht. Die Abgrenzung solcher verbundener Erfolgszusagen von **reinen** Garantieverträgen mag demgegenüber häufig heikler sein. So kann die Dividendengarantie (BGE 46 II 157) des Veräusserers von Aktien mit guten Gründen beiden Begriffen zugeordnet werden: der Veräusserer garantiert die Leistung (Dividendenausschüttung) der AG;

III. Personalsicherheit und Erfüllung durch einen Dritten

Charakteristikum der Personalsicherheit ist die Uebernahme eines Risikos aus einem Grundverhältnis durch einen aussenstehenden Dritten: dieser verpflichtet sich, eine Ersatzleistung zu erbringen, (auch) wenn sich das von ihm übernommene Risiko verwirklicht hat. Ist die abgesicherte Hauptleistung geschuldet, so spricht man von **Interzession**: Verwendung durch die **Uebernahme von Verpflichtungen** gegenüber einem Dritten (47).

Die Leistung eines Dritten kann nun nicht nur unter dem Gesichtspunkt einer Sicherungsabrede erfolgen, sondern erfolgt noch häufiger (moderner Zahlungsverkehr !) unter dem Titel der Erfüllung einer Forderung durch Leistung eines Dritten. Diesfalls spricht man von **Intervention** (48). Vorbehaltlich anderer Abrede ist der Schuldner nicht verpflichtet, persönlich zu leisten, "wenn es bei der Leistung (nicht) auf seine Persönlichkeit ankommt" (49), und zwar auch gegen den Willen des Gläubigers (50). Von Interesse ist in diesem Zusammenhang,

oder er verkauft Aktien, die vertragsgemäss eine bestimmte Rendite abwerfen.

- (47) Von Tuhr/Peter S. 130 f. Der Garantievertrag ist entsprechend kein eigentliches Interzessionsgeschäft (von Büren II S. 307 N 82), resp. nur gegebenenfalls im Effekt. Anders die Terminologie von Gutzwiller ZSR 1984 S. 121 N 7.
- (48) Im weiteren Sinne der Erfüllung einer Schuld durch einen Dritten (vgl. von Tuhr/Escher S. 27 N 28, von Büren S. 452) gegenüber der Definition als Leistung des Dritten ohne Willen des Schuldners (Gauch/Schluep/Jäggi N 1230).
- (49) Art. 68 OR.
- (50) Gauch/Schluep/Jäggi N 1214; vgl. zum Ganzen auch von Büren I S. 452 ff.

wenn der Dritte nicht als blosser Erfüllungsvertreter des Schuldners in Erscheinung tritt, sondern die Zuwendung nicht direkt aus dem Vermögen des letzteren stammt (51).

Auch wenn die Intervention das Gegenstück zur Interzession ist (52), zeigt doch bereits die Definition der beiden Begriffe, dass sie sich im Rahmen eines als einheitlicher Akt erscheinenden Eingreifens eines Dritten nicht gegenseitig ausschliessen. Vielmehr können sie **unterscheidbare Aspekte dieses Eingreifens** darstellen. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Inanspruchnahme einer Personalsicherheit häufig Erfüllungsfunktion im Grundverhältnis hat: wenn sich nämlich das vom Promittenten übernommene Risiko nicht verwirklicht hat, die Sicherheit aber gleichwohl in Anspruch genommen werden kann und darf. Ebenso hat die unwiderrufliche Verpflichtung (53) eines Dritten, eine Fremdschuld zu erfüllen, ohne dass der Urschuldner durch diese Verpflichtung befreit wird, Sicherungsfunktion. Denn der Gläubiger kann nun - je nachdem primär, wahlweise oder subsidiär - auch Leistung vom Intervenienten fordern, ohne dass dieser - unter dem Vorbehalt anderslautender Abmachung - sich etwa darauf berufen kann, er könne sich nicht (mehr) am Hauptschuldner für seine Intervention schadlos halten.

Auch wenn der Promittent zum vorneherein die Schuld erfüllen und nicht eine Ersatzleistung erbringen will, falls die Leistung des Hauptschuldners ausbleiben oder eine andere Leistungsstörung eintreten sollte, ist für das (Nicht-) Vorliegen eines **Sicherungsgeschäftes** nicht entscheidend, ob der Pro-

(51) Gauch/Schluep/Jäggi N 1212, zum Ganzen auch N 1207 ff.

(52) Von Tuhr/Escher S. 27 N 28.

(53) Demgegenüber ist die gesetzliche Regelung der Intervention vorab auf Erfüllungshandlungen ausgelegt: z.B. betreffend Interventionsbefugnis (vgl. von Büren I S. 453 ff), Auswirkungen auf das Valutaverhältnis (Art. 467 Abs. 2 OR), Schicksal der Forderung (Art. 110 OR).

missar auch leisten wird, wenn sich kein Risiko verwirklicht hat, sondern ob er **auch** Leistung verspricht, **wenn** sich das von ihm übernommene Risiko verwirklichen sollte (54).

Diese Ueberlegungen gelten auch für die Annahme einer Anweisung gemäss Art 468 Abs. 1 OR, im Bankgeschäft namentlich für das unwiderrufliche Dokumentar-Akkreditiv (55) (56). Ein Akkreditiv wird vorab deshalb ausbedungen, weil es dem Begünstigten (57) das Zahlungsversprechen einer Bank verschafft und ihn damit von dem Risiko der Zahlungsunfähigkeit und -unwilligkeit des Akkreditiv-Auftraggebers entlastet. Wäre den Parteien vorab an der Leistungsabwicklung, am durch die Vorlage von Dokumenten gewährleisteten Prima-facie-Beweis richtiger Erfüllung gelegen gewesen, so hätten sie wohl ein Dokumentar-

(54) So ist die Hinterlegung von Geld und Wertpapieren ein Sicherungsgeschäft, auch wenn sie mit der Klausel erfolgt, dass der Verwahrer das Hinterlegte an den Gläubiger herausgeben soll, sobald die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner fällig ist (von Tuhr/Peter S. 140 f). Ebenso die Rechtslage beim Schuldbeitritt, der als Personalsicherheit gilt (Gauch/Schluep/Jäggi N 2449 f, Schuln/Vogt Allg. Teil Tafel 10): auch der solidarisch verpflichtete Neuschuldner kann (muss eventuell) die Leistung erbringen, ohne dass sich bezüglich Leistungsfähigkeit oder -willigkeit des Urschuldners irgend ein Risiko verwirklicht haben muss.

(55) Im folgenden Akkreditiv.

(56) Die gleiche Sicherungsfunktion hat im Bankgeschäft auch das Wechselakzept, denn die Güte des Zirkulationspapiers im kaufmännischen Verkehr wird wiederum dadurch erhöht, dass die Bank sich unabhängig von der Leistungsfähigkeit des im Grundverhältnis letztlich Pflichtigen wechselfähig verpflichtet.

(57) Es ist m.E. nicht sachgerecht, für die Ermittlung des Wesens des Akkreditives davon auszugehen, dass der Auftraggeber ein Akkreditiv eröffnen lässt, um seine Verpflichtungen zu erfüllen (Kleiner S. 103), weil dieser ja mit der Beschaffung des Akkreditives **belastet** ist. Vielmehr ist von Interesse, warum der Begünstigte sich ein Akkreditiv **ausbedingt**.

Inkasso vereinbart. Das qualifizierende Element des Akkreditives ist gerade die **Sicherung**; die Risikoübernahme durch die Bank (58).

-
- (58) Vgl. auch Schinnerer/Avancini III S. 14. Zurecht weist Kübler (S. 189) darauf hin, dass Akkreditiv und Bankgarantie schwer zu unterscheiden und austauschbar sind, unterscheiden sie sich doch - und auch nur im Regelfall (vgl. Gautschi N 3d und 5c vor OR 466, von Büren II S. 325) - nur in der Funktion der Zahlung im Grundverhältnis (von Anbeginn vorgesehene Gegenleistung für vertragsgemässe Erfüllung bzw. Erfüllung von Ersatzleistungen im Falle von Leistungsstörungen). Von diesem Grundverhältnis wird aber gerade ausdrücklich (Art. 3 f ERA bzw. Formel "unter Verzicht auf Einwendungen und Einreden") abstrahiert. Auch Kübler spricht entsprechend von Anweisungsgarantie (S. 177; vgl. auch S. 176 N 67). Wie im Kontext auch Koziol S. 20, Canaris N 358, Schinnerer/Avancini II S. 290; a.A. Scyboz S. 341, nach welchem nur der Garant, nicht der Angewiesene nach Annahme die Gefahr des Eintritts eines ungewissen Ereignisses übernimmt; Kleiner S. 106 und 150, wonach die Annahme einer Anweisung nicht als Sicherungsgeschäft qualifiziert werden kann; im Anschluss daran auch Roesle S. 23 und 47 f; siehe auch Guggenheim S. 177

2. Teil

DIE ANALYSE VON ZWECK UND FUNKTIONSWEISE DER BANKGARANTIE DURCH DIE RECHTSWISSENSCHAFT

Einleitung

Bankgarantien im technischen Sinne (1), oder zumindest Leistungsversprechen (2) von Banken, die nicht zum vorneherein als Bürgschaft im Sinne der einzelnen positiven Rechtsordnungen zu gelten hatten, traten schon nach dem ersten Weltkrieg auf (3) und erlangten ihre heutige Bedeutung allmählich im zwischenstaatlichen Handel in den Jahren nach dem zweiten Weltkrieg. Es handelte sich dabei um ein internationales Phä-

- (1) Kleiner S. 38, Dohm N 96. - Die in der Literatur anzutreffenden Bezeichnungen sind fast so zahlreich wie die Autoren. So ist allein im deutschen Sprachraum etwa die Rede von Bankgarantie im Rechtssinn (Kleiner S. 39), als Rechtsbegriff (Roesle S. 3); von selbständiger (Kleiner S. 15), abstrakter (von Westphalen S. 70, Dohm N 1), bedingungsloser (Stumpf RIW/AWD 1979 S. 2), unbedingter (Roesle S. 13), unabhängiger (Schinnerer Bank- Archiv 1978 S. 52) (Bank-) Garantie; aber auch von Zahlungsverpflichtung (Ackermann/Locher/Jolidon/Rechsteiner S. 137; anders die Begriffsverwendung bei Huber S. 54). Gemeint ist hier ein nichtakzessorisches Leistungsversprechen, das zu seiner vereinbarungsgemässen Inanspruchnahme grundsätzlich eine Leistungsstörung im Grundverhältnis zur Voraussetzung hat.
- Der Begriff **Bankgarantie** (zur Verdeutlichung gege-

nomen, von welchem auf jeden Fall alle in nennenswertem Umfang am Welthandel beteiligten Länder betroffen waren. Bankgarantien waren und sind noch heute zum grössten Teil in ihrer typischen Ausgestaltung in den privatrechtlichen Kodifikationen nicht geregelt; sie sind **selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft** (4). Das allgemeine Fehlen eines positiven Folgerechts mag sogar ein Grund für die Beliebtheit dieser Sicherungsform sein.

Allgemein wird festgehalten, dass die Bankgarantie vorwiegend das unwirtschaftlichere **Bardepot** und den Kautions- oder Depotwechsel abgelöst hat (5). Erst in jüngerer Zeit tritt sie nun z.T. auch an die Stelle einer Bankbürgschaft (6). Ueberwiegend wird zudem davon ausgegangen, dass dieser historische Ursprung nicht ohne Einfluss auf die Beurteilung der Bankgarantie sein kann: um die älteren Sicherungsformen zu ersetzen, muss sie so ausgestaltet sein, dass sie als Sicherheit für den Begünstigten gleichwertig ist (7). Es ist - besonders in den grenzüberschreitenden Rechtsbeziehungen - aber auch ganz allgemein eine Tendenz zur "**Abstraktion**", zur "Verselbständi-

benenfalls "selbständige", "auf erstes Anfordern") bezeichnet im folgenden zunächst die verkehrstypische Ausgestaltung solcher Sicherheiten (vgl. die Uebersicht bei Dohm N 32). Erst im abschliessenden § 9. (hinten S. 156) soll auf Textgestaltungen eingegangen werden, die sich nicht ohne weiteres der Bankgarantie auf erstes Anfordern oder der Bankbürgschaft zuordnen lassen.

- (2) Zum Begriff vorne S. 11 N 24.
- (3) Hein S. 31 m.w.N.
- (4) Dohm N 68.
- (5) Statt aller von Caemmerer S. 298. - Weitere Nachweise zur geschichtlichen Entwicklung der Bankgarantie: Hein S. 30 f.
- (6) Von Marschall S. 27.
- (7) Von Caemmerer S. 298, ebenso Schinnerer Bank-Archiv 1972 S. 441. - Demgegenüber ist nach Kleiner (S. 62 N 169) heute mit Bezug auf die Parteivorstellungen bedeutungslos, dass die Bankgarantie historisch das ursprüngliche Bardepot abgelöst hat.

gung" von Sicherungsinstrumenten festzustellen (8), und es wird wohl zu Recht ausgeführt, Bankgarantien seien nicht zuletzt eine Antwort der Importeure auf die weitverbreitete Verwendung des ebenfalls "abstrakten" Akkreditives (9).

Das wirtschaftliche Phänomen der Bankgarantie, die sich im wesentlichen unabhängig von den positiven Rechtsordnungen entwickelt hat, hat in den vergangenen Jahren in zunehmendem Masse das Interesse der Rechtswissenschaft gefunden. In vielen Ländern waren zwar die Praktiker (Kautionsabteilungen der Banken, Exporteure, z.T. Importeure) lange Zeit unter sich. Erst Ende der 70er-Jahre wurde man sich der Risiken dieses Sicherungsinstrumentes voll bewusst; die Iran-Krise (10) hat sie auch im praktischen Ablauf vor Augen geführt. Seither ist die Flut der Publikationen zur Bankgarantie "nahezu unübersehbar geworden" (11). Neben eigentlichen Leitfäden für den Praktiker (12) steht die Mehrzahl der Publikationen (13) im Zeichen der Bewältigung der Missbrauchsproblematik.

Die Analyse von Zweck und Funktionsweise der Bankgarantie erfolgte demgegenüber häufig nur am Rande, und dann hauptsächlich im Rahmen der Abgrenzung gegenüber der Bürgschaft, weil diese Aenderung der Geschäftsgewohnheiten den Anwendungsbe- reich der bis ins römische Recht (14) zurückreichenden Schutz-

(8) Vgl. van Ommeslaghe FEDUCI Sûretés S. 355 ff; dies gilt z.T. auch im Binnenverkehr, vgl. Wiegand S. 42.

(9) Dohm N 6 unter Berufung auf Kopelmanas.

(10) Dazu im einzelnen Eberth ZvglRWiss 1981 S. 29 ff.

(11) Dohm S. 21.

(12) Vgl. im deutschen Sprachraum insbesondere von Westphalen, Dohm; Bankpublikationen wie Ackermann/Locher/Jolidan/Rechsteiner; aber auch die diversen Schriften zum gesamten Bankvertragsrecht.

(13) Ebenso die Bemühungen der IHK, vgl. dazu zustimmend Stumpf RIW/AWD 1979 S. 1 ff; kritisch z.B. Trost RIW/AWD 1981 S. 659 ff.

(14) Vgl. Oser/Schönenberger N 1 vor OR 492.

normen zugunsten des Bürgen (15) tangiert. Namentlich in der Schweiz war - im Unterschied zu Deutschland, Oesterreich oder England (16) - sogar die Zulässigkeit solcher selbständiger Bankgarantien angesichts der rigoros bürgerfreundlichen Gesetzesnovelle von 1942 relativ lange, man darf sagen bis zur Publikation der verdienstvollen Untersuchung Kleiners, in Frage gestellt.

Für die Einordnung der Bankgarantie in das jeweilige rechtliche System (17) ist der Rechtsraum Deutschland/Oesterreich/Schweiz von besonderem Interesse, war doch hier verglichen mit anderen Ländern dem "grossen Rechtsinstitut der Schadloshaltung" (18) seit der grundlegenden Untersuchung Stammers bedeutendere Aufmerksamkeit geschenkt worden (19). Allerdings wird auch zu zeigen sein, dass dieses "Vorverständnis" der Autoren des Begriffes "Garantievertrag" den Weg zu einer sachgerechten Beurteilung von Zweck und Funktionsweise der Bankgarantie manchmal eher verstellt als geebnet hat (20).

Zwar sind sich heute sämtliche wissenschaftlichen Autoren über die Rechtswirksamkeit der heute als typisch zu bezeichnenden Textausgestaltungen (21) in ihrem radikalen Wortsinn einig: "Die Bank verspricht ... dem Begünstigten, auf dessen erste Anforderung hin Zahlung zu leisten, ohne den Nachweis für die

(15) Vgl. für Deutschland etwa BGH WM 1966 S. 122. In Oesterreich stellt sich das Problem offensichtlich vorwiegend im Hinblick auf die gebührenrechtliche Behandlung, vgl. Schinnerer/Avancini II S. 296.

(16) Von Caemmerer S. 300 m.w.N. in N 13.

(17) Zweifel an der Notwendigkeit einer solchen Einordnung von Caemmerer S. 302, Aden RIW/AWD 1981 S. 440.

(18) Stammler AcP 69/19 (1886) S. 74.

(19) Vgl. dazu Kleiner S. 123.

(20) So auch M. Rowe, Euromoney Trade Finance Report 1983 No. 4 S. 28: "English law had fewer difficulties in accepting that these documents meant what they said".

(21) Vgl. die Zusammenstellung der einschlägigen Formulierungen bei Dohm N 32.

Berechtigung der Inanspruchnahme zu verlangen und ohne jede Einwendung zu erheben" (22). Warum hingegen die Bankgarantie so und nicht anders ausgestaltet ist, und wie weit die Tragweite einer konkreten Textgestaltung reicht, wird von den Autoren dogmatisch z.T. radikal, z.T. in der Gewichtung unterschiedlich begründet bzw. beurteilt. Im deutschen Sprachraum lassen sich diese Unterschiede zum guten Teil darauf zurückführen, wieweit von den einzelnen Autoren Uebereinstimmung mit dem allgemeinen Garantievertrag i.e.S. angenommen wird.

(22) Dohm N 33.

§ 2

DIE ENTWICKLUNG DES SCHWEIZERISCHEN
STANDPUNKTES

I. Aeltere Lehre

1. Die Auffassung Oftingers

In einem Artikel in der SJZ (1) setzte sich 1941 erstmals Oftinger mit "Bankgarantien" auseinander, da den Beteiligten oft ungewiss erscheine, ob es sich bei solchen Verpflichtungen um **Bürgschaft oder Garantievertrag** handle (2). Oftinger zieht in seinen Erwägungen neben den genannten Vertragstypen "der Vollständigkeit halber" auch den kumulativen Schuldbeitritt in Betracht (3).

Die Analyse eines Beispiels (4), dessen Tatbestand für das übliche bankmässige Kautionsgeschäft typisch sei (dessen Verpflichtungstext allerdings mit der heute verkehrstypischen Ausgestaltung der Bankgarantie in verschiedener Hinsicht nicht übereinstimmt (5)), führt Oftinger zum Ergebnis, dass alles

(1) SJZ 38 (1941/42) S. 59 ff.

(2) Oftinger S. 58.

(3) Oftinger S. 61. Ein solcher könnte gemäss Oftinger nur vorliegen, wenn die Bank "die Stellung eines vollgültigen Hauptschuldners einnehmen wollte", was aber regelmässig zu verneinen sei.

(4) Oftinger S. 58.

(5) So fehlt die Formel "auf erstes Anfordern" (statt dessen "auf schriftliche Anforderung") wie der (nach Art. 506 Abs. 1 aOR noch mögliche, vgl. Oftinger S. 61) Verzicht

für die Annahme einer **Bürgschaft** und nichts für die Konstruktion eines Garantievertrages spreche (6). Seine Argumentation (7) sollte das spätere schweizerische Schrifttum wesentlich prägen.

Oftinger zeigt dazu den begrifflichen Unterschied zwischen Bürgschaft und Garantie auf. Die beiden Vertragstypen unterscheiden sich zunächst im **Sicherungsobjekt**. Die Bürgschaft stellt die Schuldpflicht eines Dritten sicher. Unter einem Garantievertrag hingegen verspricht der Promittent eine Ersatzleistung, auch wenn eine solche Schuldpflicht aus irgendeinem Grunde, etwa wegen Unmöglichkeit oder höherer Gewalt, weggefallen ist. Der Garantievertrag will dem Begünstigten gerade gegen solche Eventualitäten Sicherheit verschaffen; der Garant steht auch für Bestand und Erzwingbarkeit einer Hauptleistung ein und setzt voraus, dass eine Schuldpflicht möglicherweise nicht (mehr) besteht (8).

In anderer Hinsicht unterscheiden sich Bürgschaft und Garantievertrag auch in der **Art der Mitverpflichtung**: die Bürgschaft ist akzessorisch und der Garantievertrag selbständig (9).

Entscheidend ist nun aber folgendes:

Wer die **Schuldpflicht** des Dritten voraussetzt, verpflichte

auf Einwendungen aus dem Grundverhältnis. Ueberdies hat der Auftraggeber ("Käuferin") nachzuweisen, dass er seinen Verpflichtungen nachgekommen ist, ansonsten automatisch Zahlung unter dem Leistungsversprechen der Bank erfolgen soll.

(6) Oftinger S. 61.

(7) "Etwas apodiktische Lehrmeinung" (Gutzwiller ZSR 1984 S. 123 N 8).

(8) Oftinger S. 59 f.

(9) Oftinger S. 59. Selbständigkeit bedeutet, dass der Sicherungsvertrag nicht in Bestand und Inhalt von einem anderen Geschäft abhängig ist.

sich **stets akzessorisch** als Bürge (10). Selbständigkeit könne diesfalls nicht vorliegen, weil die Verpflichtung des Promittenten "logischerweise" (11) in Bestand und Inhalt von der Schuldpflicht des Hauptschuldners abhängt. Die Selbständigkeit könne nur den Zweck haben, eine auch nicht (mehr) geschuldete Leistung sicherzustellen; die **selbständige Sicherstellung nur einer geschuldeten Leistung sei nicht möglich** (12). Sollte deshalb ein Leistungsversprechen aus Text, Zweck und Umständen erkennbar den Bestand und die Erzwingbarkeit einer Hauptschuld voraussetzen, so werde sich ein Gericht nicht "davon abhalten lassen, ein Geschäft gegebenenfalls nach sachlichen Kriterien als Bürgschaft zu taxieren, obwohl die Parteien von 'garantieren' sprachen" (13).

2. Die Auffassung Reichweins

Nach Reichwein (14) vermag es nicht zu befriedigen, "wenn in gewissen Bankkreisen ... die Auffassung vertreten wird, die aufgrund eines Kautionskredites übernommene Haftung stelle prinzipiell eine ... Bürgschaft dar, auch wenn die Verpflichtung als 'Bankgarantie' bezeichnet werde" (15). Er kann sich dabei auf den nicht veröffentlichten BGE vom 16.9.1952 beru-

(10) Otfinger S. 60.

(11) Otfinger S. 59.

(12) "Garantievertrag ist folglich stets ausgeschlossen, wo die Leistung eines Interzedenten 'in einer solchen für den Bürgschaftsbegriff wesentlichen Erfüllungsgarantie' besteht" (Otfinger S. 60 mit Verweisung auf BGE 37 II 185; 65 II 33). Aus dem Kontext ergibt sich aber: "Eine selbständige Sicherungsverpflichtung ist folglich ..."

(13) Otfinger S. 61 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung des Bg. - Die Haltung des Bg war allerdings in dieser Angelegenheit nie so eindeutig, wie die Ausführungen Otfingers den Eindruck machen. Vgl. zur Bedeutung des Wortlautes des Vertrages die Zusammenstellung der Entscheidungen bei Bär S. 14.

(14) Reichwein SJZ 52 (1956) S. 374 ff.

(15) Reichwein S. 375.

fen: "Es wäre in der Tat sonderbar, wenn zwischen Banken, denen die Begriffe des selbständigen Garantieversprechens einerseits und der akzessorischen Bürgschaft andererseits geläufig sind, eine **Garantieerklärung abgegeben** worden, aber **Bürgschaft gemeint** gewesen wäre" (16).

Reichwein teilt die Ansicht Oftingers nicht, wonach sich Akzessorietät oder Selbständigkeit eines Leistungsversprechens "logischerweise" daraus ergebe, ob der Promittent die Erfüllung einer Verpflichtung oder (auch) deren Bestand sicherstellen wolle. Im Gegenteil liege der gleiche Tatbestand, nämlich die Verpflichtung, für die Schuld des Hauptschuldners einzustehen, der Bürgschaft wie dem Garantievertrag zugrunde (17): "Das einzige abstrakte und damit allgemeine Kriterium für die Abgrenzung des Garantievertrages von der Bürgschaft scheint mir deshalb nur noch darin zu liegen, dass der **Garantievertrag** im Verhältnis zur Bürgschaft eine **stärkere Haftung** bedeutet " (18). Im übrigen sei nicht ersichtlich, warum der grundsätzlichen Anwendung von Bürgschaftsrecht Priorität zu verleihen sei (19).

Das Schwergewicht der Argumentation Reichweins liegt entsprechend auf dem **Wortlaut der Verpflichtungserklärung** des Interzedenten, die danach auszulegen sei, ob sie eine akzessorische oder die stärkere selbständige Haftung zum Ausdruck bringe. Die Selbständigkeit einer Sicherungsverpflichtung braucht deshalb nicht ausschliesslich dem Entstehen für das Dahinfallen der Hauptverpflichtung zu dienen. Dies wird auch aus einem Beispiel Reichweins deutlich:

(16) Zit. Reichwein S. 375.

(17) Reichwein S. 375 f.

(18) Reichwein S. 376.

(19) "Zuerst muss überhaupt eine Bürgschaft vorliegen, damit Bürgschaftsrecht zur Anwendung gelangt" (Reichwein S. 376).

Ein Warenlieferant, der aufgrund einer sog. Abnahmegarantie liefert, tue dies "im restlosen Vertrauen und nur unter der Voraussetzung, dass die Bank den Kaufpreis garantiere", er bei Lieferung "**anstandslos bezahlt** werde", ohne dass ihm die Zahlung z.B. aufgrund einer Mängelrüge verweigert werden kann (20). Dies und nicht die Befürchtung, die Gegenleistungspflicht könnte aus irgendeinem Grunde, gar wegen Unmöglichkeit oder höherer Gewalt, dahinfallen, veranlasse ihn, eine selbständige Sicherung auszubedingen.

Dem Begünstigten stehe deshalb der Nachweis offen, "dass es der Bank aus ganz bestimmten Tatbestandselementen bewusst gewesen sei, er, der Promissar, habe nicht nur eine akzessorische, sondern eine selbständige Sicherung erwartet, weshalb ihm die Bank nach der Vertrauens-**theorie selbständig hafte**" (21).

Die Schwierigkeiten im Bankgeschäft lägen nun darin, dass für Garantie und Bürgschaft die gleiche Bezeichnung "Bankgarantie" verwendet werde. Dieser "Uebelstand" könne dadurch beseitigt werden, dass sich die Banken einer **klaren Ausdrucksweise** befleißigten, insbesondere eine klare und gleichzeitig dem Gesetz entsprechende Bezeichnung verwendeten (22).

3. Die Auffassung Bärs

Die 1963 erschienene Dissertation Bärs befasst sich im wesentlichen mit dem **allgemeinen Garantievertrag**. Dieser "schützt mehr als gegen die bloße Zahlungsunfähigkeit, indem er dank seiner Selbständigkeit gar den Bestand des zu sichern-

(20) Reichwein S. 375. Er wolle nicht schlechter gestellt sein, als wenn die Lieferung gegen Akkreditiv erfolgt wäre.

(21) Reichwein S. 376.

(22) Reichwein S. 377.

den Rechts - die Leistung schlechthin - gewährleistet. Ein so weitreichender Schutz wird aber im Normalfall von den Parteien gar nicht beabsichtigt werden (23), sofern nicht besondere Umstände die Leistungspflicht des Käufers von vorneherein in Frage stellen" (24).

In der abschliessenden Anwendung seiner Erkenntnisse auf das Kautionsgeschäft der Banken (25) kommt Bär in weitgehender Uebereinstimmung mit Oftinger zum Schluss, es sei nicht anzunehmen, "dass die Bank auch leisten wollte, wenn der Grundschuldner gar nicht mehr leisten müsste" (26). Vielmehr dienten "sogenannte Bankgarantien" in der Regel als Sicherheit für die Erfüllung irgendwelcher vertraglicher Verpflichtungen (27). Die Bank habe als Sicherungsgeber bloss das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Grundschuldners zu decken (28). "Bankgarantien" seien deshalb **akzessorische** Sicherungsversprechen, also Bürgschaften (29).

Die herrschende (30) schweizerische Auffassung zum Wesen der "sogenannten Bankgarantie" stand zu jener Zeit (31) in deutli-

(23) "Dass dies jedoch nur selten der Fall sein wird, zeigen die wenigen gerichtlichen Entscheide, die den Garantievertrag als eigentliches Sicherungsgeschäft zum Gegenstand haben" (Bär S. 55). - Kritisch dazu Kleiner S. 67.

(24) Bär S. 42.

(25) Aufgrund von Beispielen "sogenannter Bankgarantien", "die für den ganzen Anwendungsbereich derselben wohl repräsentativ sein dürften" (Bär S. 65). - Auffallend ist dabei allerdings die Beschränkung auf reinen Binnengeschäftsverkehr.

(26) Bär S. 65, allerdings mit wenig überzeugender Begründung, vgl. auch Auhagen S. 31.

(27) Bär S. 1.

(28) Bär S. 64.

(29) Bär S. 65.

chem Widerspruch zu derjenigen anderer Länder, deren Rechtswissenschaft sich gleichfalls mit diesem Phänomen auseinandergesetzt hatte (32). So wies von Caemmerer (33) auf "eine **eigenartige Situation** im Schweizer Recht" hin, wo offenbar Bankgarantien "in der sonst im internationalen Handel geübten Weise nicht möglich" seien (34). Ob allenfalls ein Ausweg über Art. 111 OR gefunden werden könne, konnte und wollte der ausländische Beobachter nicht entscheiden.

Das hiess selbstverständlich nicht, dass die Schweizer Banken angesichts dieser Lage davon absahen, solche international gebräuchlichen Bankgarantien abzugeben. Und da diese ganz selten Anlass zu gerichtlicher Auseinandersetzung bieten, war der Standpunkt der schweizerischen Literatur wohl unbefriedigend, für das Tagesgeschäft der Banken aber von eher untergeordneter Bedeutung. Die Schweiz ist jedoch derart mit dem Welthandel verflochten, dass sie sich den Entwicklungen und Gepflogenheiten desselben nur schwer entziehen kann. Entsprechend konnte es nur eine Frage der Zeit sein, bis sich auch in der schwei-

(30) Vgl. aber immerhin den abweichenden Standpunkt Reichweins.

(31) Vgl. die Besprechung der Arbeit Bärs in der "Neuen Zürcher Zeitung" vom 9.12.1963: (Zum Begriff der Bankgarantie hat Bär) "...nichts grundlegend Neues erarbeiten können, verfügt doch hier die Literatur bereits über etablierte Meinungen". - Noch die dritte Auflage des Handbuches des Geld-, Bank- und Börsenwesens von 1977 (Stichwort "Kautionskredit") schloss sich der Auffassung Oftingers und Bärs vorbehaltlos an.

(32) So namentlich Deutschland, Oesterreich und England, vgl. von Caemmerer S. 300 m.w.N. in N 12. - Praktiker anderer Länder, deren Rechtswissenschaft das Phänomen zunächst ignorierte, konstatierten einfach, was ein französischer Jurist prägnant ausdrückte (zit. Kleiner S. 132): "Ca marche, mais ne me demandez pas comment ni pourquoi".

(33) Von Caemmerer S. 306 f.

(34) "Vielleicht steht einfach der Gedanke dahinter, dem Garantieverprechen allgemein soweit wie möglich einen Riegel vorzuschieben, um das Bürgschaftsrecht mit seinen zwingenden Normen nicht auszuhöhlen" (Käser S. 35).

zerischen Rechtswissenschaft die **Anerkennung der Bankgarantie als selbständiger Sicherungsverpflichtung** durchsetzt. In dieser fast notwendigen Entwicklung stellt die Untersuchung Kleiners einen Markstein dar.

II. Die Auffassung Kleiners

1. Wesen der Bankgarantie

Oftinger und Bär hatten beide den Begriff des Garantievertrages und sein Verhältnis zum Begriff der Bürgschaft dargelegt. In der anschliessenden Analyse "sogenannter Bankgarantien" kamen sie zum Schluss, es könne generell "keine Rede sein" (35), bzw. es sei "wohl nicht anzunehmen" (36), dass die Bank im routinemässigen Kautionsgeschäft auch haften wolle, wenn die Leistungspflicht des Grundschuldners dahingefallen sei. Solche Leistungsversprechen seien deshalb **Bürgschaften**.

Kleiner definiert nun die beiden Begriffe des Garantievertrages und der Bürgschaft im wesentlichen gleich wie die soeben erwähnten Autoren, kommt aber seinerseits zum Schluss, neben der hergebrachten Bankbürgschaft, die eine geschuldete und erzwingbare Leistung absichere (37), existiere auch eine Bankgarantie, die als Sicherheit einen **Erfolg** zum Gegenstand habe (38).

Die Bankgarantie sei nichts anderes als eine **moderne Erscheinungsform der Garantie** (39). Folglich bleibe durch

(35) Oftinger S. 60.

(36) Bär S. 65.

(37) Kleiner S. 37.

(38) Kleiner S. 41.

(39) Kleiner S. 21.

"Auslegung des konkreten Vertrages zu beantworten" (40), ob das Leistungsversprechen einer Bank als Bürgschaft oder als Garantievertrag zu gelten habe, wofür Kleiner verschiedene Auslegungskriterien zur Verfügung stellt.

2. Methodisches Vorgehen

Kleiner stellt bewusst die **theoretische Begriffsbestimmung** aufgrund traditioneller Rechtslehre voraus, "um mit diesem Kompass das Dickicht der Phänomene zu sichten" (41). Aufgrund "logischer Ableitung" (42), einer vor-positivrechtlichen Argumentationsweise (43), gelangt er zum Schluss, das positive Recht könne den Gegensatz zwischen akzessorischer Bürgschaft und selbständiger Garantie weder schaffen noch verändern oder gar verneinen (44).

Die deduktive Methode (45) kann allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch für Kleiner wohl - was er zumindest auf allgemein-erkenntnistheoretischer Stufe einräumt - "**am Anfang das Phänomen**" (46) stand: die Textgestaltung der im internationalen Handel gebräuchlichen Bankgarantien.

Bürgschaft ermächtigt und verpflichtet - ob aufgrund gesetzlicher Vorschrift (Art. 502 Abs. 1 OR) oder ihres vor-positiv-

(40) Kleiner S. 135.

(41) Kleiner S. 136.

(42) Kleiner S. 19.

(43) Kritisch dazu Schinnerer Bank-Archiv 1972 S. 441 f. Die Stellungnahme des Verfassers hinten S. 118 ff.

(44) Kleiner S. 21.

(45) "Sie mag unmodern erscheinen (...). Sind jedoch die Phänomene derart vielgestaltig und die Rechtsbegriffe derart eindeutig fassbar, ist zweifellos jener Methode der Vorzug zu geben, die sich auf sicheren Boden stützt. Sicherer Boden ist aber in diesem Falle nur das theoretische Unterscheidungsmerkmal" (Kleiner S. 135).

(46) Kleiner S. 135.

rechtlichen Wesens, sei dahingestellt - den Bürgen, sämtliche **Einreden und Einwendungen** aus dem abgesicherten Rechtsverhältnis zu erheben. Genau auf dieses Recht aber **verzichtet die Bank** ausdrücklich mit der Formel "unter Verzicht auf jegliche Einwendungen und Einreden". Dass diese Formel offensichtlich der phänomenale Ausgangspunkt der Ueberlegungen Kleiners ist, zeigt sich daraus, dass dieses Textelement als einziges selbstverständlich (47) und nicht blosses Indiz (48) ist.

Akzessorietät ist damit nach dem erklärten Willen des Promittenten wegbedungen (49): Die Verpflichtung **kann nicht Bürgschaft** sein. Logischer Gegenbegriff der Akzessorietät ist die Selbständigkeit (50). Eine selbständige Sicherungsverpflichtung aber sei stets Garantie (51). Und: eine Garantie habe "mit der Sicherstellung einer Forderung nichts zu tun, sondern nur mit derjenigen einer Leistung, gleichgültig, ob diese gefordert werden kann oder nicht" (52).

Dieser Argumentationskette wird diejenige "Zulassung von Einwendungen und Einreden = Akzessorietät = Bürgschaft = Sicherung einer Forderung" gegenübergestellt. Diese beiden Argumentationsketten können nach Kleiner **aus Gründen der Logik nicht verändert** werden (53) und schliessen sich gegenseitig aus: "Das positive Recht kann den Gegensatz zwischen akzessorischer und selbständiger Sicherung weder schaffen noch verändern oder gar verneinen. Es kann den Kreis nicht zum Dreieck erklären" (54). "Soweit wesentliche Begriffselemente zur Dis-

(47) "Die Sicherung kann nur Garantie sein" (Kleiner S. 46).

(48) Vgl. Kleiner S. 46 und 52.

(49) Kleiner S. 46.

(50) Vgl. auch BGE 75 II 53.

(51) Kleiner S. 37.

(52) Kleiner S. 36.

(53) Kleiner S. 122.

kussion stehen, sind sie ... vor-positivrechtlicher Art. Als solche sind praktisch alle Elemente zu betrachten, die der theoretischen Grenzziehung zum andern Rechtsinstitut dienen ..." (55).

Unter **Ausnützung der logischen Interdependenz** der Begriffe kann deshalb nach Kleiner innerhalb einer Argumentationskette grundsätzlich beliebig von einem Kettenglied auf ein anderes geschlossen werden, bzw. - weil neben den Begriffen auch der Gegensatz zwischen Bürgschaft und Garantie vor-positivrechtlich sei (56) - aus der Verneinung eines Elements der einen Argumentationskette auf das Vorliegen des Gegenelements in der andern (57).

3. Aufgabe der Auslegung

Diese habe nun in erster Linie auszumachen, ob der Text eines konkreten Leistungsversprechens oder allenfalls die Umstände des Vertragsschlusses die Elemente der einen oder der anderen Argumentationsreihe enthalten, die Umstände allerdings unter dem Vorbehalt, dass diese für den Partner erkennbar waren (58) Zudem sei "der Umstand, dass der Garantierende bei ver-

(54) Kleiner S. 21.

(55) Kleiner S. 122. - Immerhin sollen Mischformen grundsätzlich möglich sein, indem zum voraus teilweise auf Einwendungen und Einreden verzichtet wird. Dann sei darauf abzustellen, ob der Teilverzicht die Akzessorietät in wesentlichem Masse beseitige, um zu entscheiden, ob die Mischform unter die Garantie oder die (positivrechtliche) Bürgschaft zu subsumieren sei (Kleiner S. 83). Im letzteren Fall sei der Teilverzicht im schweizerischen Recht wegen Art. 492 Abs. 4 OR unter dem Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen unzulässig (Kleiner S. 86).

(56) Kleiner S. 19.

(57) z.B. "Da ... die Sicherung einer geschuldeten Leistung akzessorischen Charakter hat und damit eine Bürgschaftsverpflichtung darstellt, kann in OR 111 nur die Leistung als solche, losgelöst von jedem Schuldverhältnis gemeint sein" (Kleiner S. 43 f).

nünftiger wirtschaftlicher Betrachtung keinen Anlass zur Abgabe einer Garantie hatte, für sich allein bedeutungslos. Es kann nicht Aufgabe der Auslegung sein, gewollte oder in Kauf genommene **Inadäquanz** zu beseitigen" (59). Und ob die Interessenlage der Partner des Grundgeschäftes auf den Sicherungsvertrag durchschlage, hänge zusätzlich davon ab, ob nicht das **andersgeartete Interesse der Bank** an der Verpflichtung in Form einer Garantie die Wünsche des Auftraggebers verdränge (60).

Widersprechen sich die Elemente, so sei eine **Schwergewichts-****bildung** unter den Indizien vorzunehmen (61), die eine Subsumption unter die Bürgschaft oder den Garantievertrag erlauben soll. Muss einerseits der Text als widersprüchlich bezeichnet werden, und können andererseits auch andere Umstände nicht zu einer eindeutigen Folgerung führen, so liege ein unheilbarer **Dissens** vor. Der Vertrag sei nicht zustandegekommen (62).

4. Bedürfnis nach selbständiger Sicherheit

Wenn die Textelemente keine Schwergewichtsbildung zugunsten der Bürgschaft oder des Garantievertrages zulassen, so ist nach Kleiner eine Auslegung "aufgrund schlüssiger Indizien aus den Umständen des Vertragsschlusses" (63) vorzunehmen. Ein wesentliches Indiz für Garantie sei, wenn diese Umstände nach einer selbständigen Sicherung rufen (64).

(58) Kleiner S. 59.

(59) Kleiner S. 75.

(60) Kleiner S. 61.

(61) Kleiner S. 58.

(62) Kleiner S. 59.

(63) Kleiner S. 58.

(64) Kleiner S. 67.

Nach Kleiner ist eine selbständige Sicherung Garantie, die die erwartete **Leistung als Resultat** sichert. Es fällt nun auf, dass im reichen Material (65) die Beispiele, die belegen, dass es dem Begünstigten gerade auf diese Leistung als Resultat ankomme und dass er Befürchtungen bezüglich des Bestandes und der Erzwingbarkeit der Hauptschuld hege (66), eher selten sind und nur zum Teil aus dem Bankbereich stammen (67). Auf diejenigen Beispiele, die effektiv das Leistungsversprechen einer Bank zum Gegenstand haben (68), wird an späterer Stelle (69) zurückzukommen sein.

Reichwein hatte demgegenüber für die Selbständigkeit des Leistungsversprechens nicht auf die Funktion als Erfolgssicherung abgestellt, sondern auf die **stärkere Haftung** (70), auf das "restlose Vertrauen" des Begünstigten, die Bank werde sofort und "anstandslos bezahlen" (71). Auch in den Beispielen Kleiners überwiegen nun derartige "besondere Umstände als Indiz für eine selbständige Sicherheit" (72). Genannt wird etwa "eine stärkere Bindung des Partners"; der Begünstigte "will zum voraus jegliche Streitigkeiten über Bestand und Höhe eines allfälligen Ersatzes ausschliessen"; "er benötigt eine Sicherung, die ihm eine sofortige ... Zahlung in Aussicht stellt" (73; das Interesse "an einem sofortigen Ausgleich der Folgen

(65) Kleiner insbesondere S. 67 ff.

(66) Kleiner S. 69.

(67) So namentlich die Beispiele S. 74 f cccc) (Zufall und höhere Gewalt); aber auch nicht die angeführten Gerichtsentscheide BGE 72 II 33 ff (S. 68 N 200), 63 II 303 ff (S. 72), 76 II 33 ff (S. 73), SJZ 48 224 f (S. 72).

(68) Kleiner S. 34 f, 71 ff bbbb).

(69) Hinten insbesondere S. 66 f und 75 ff.

(70) Reichwein SJZ 52 (1956) S. 376.

(71) Reichwein S. 375.

(72) Kleiner S. 67.

(73) Kleiner S. 68.

aus Nichtabnahme" (74); "... wäre die angestrebte vereinfachte Abwicklung des Sicherungsvertrages wiederum grundsätzlich in Frage gestellt. Das soll nun aber gerade nicht der Fall sein" (75); oder gar die Machtstellung des Begünstigten, aufgrund derer "eine selbständige Sicherung übernommen wird, die weiterreicht, als normalerweise verantwortet werden dürfte" (76). In all diesen Beispielen kann bei näherer Betrachtung nicht eigentlich davon die Rede sein, die Bank habe einen Erfolg in dem Sinne abzusichern, als sie das Risiko zu übernehmen habe, dass die erwartete Leistung nicht (mehr) geschuldet ist.

III. Neuere schweizerische Literatur und Rechtsprechung

Wenn das schweizerische Schrifttum von der Untersuchung Kleiners generell zustimmend Kenntnis genommen hat (77), ist doch gerade bezüglich der von Kleiner in den Mittelpunkt seiner Ausführungen gestellten **dogmatischen Grundlagen** (78) der

(74) Kleiner S. 69.

(75) Kleiner S. 49. - Die vereinfachte Abwicklung kann, braucht sich aber nicht ausschliesslich aus der Interessenlage der Bank zu ergeben.

(76) Kleiner S. 70.

(77) Neben den nachfolgend zitierten Autoren sind aus der Rechtsprechung die bei Nobel S. 280, 290 und im Ergänzungsband S. 227 ff wiedergegebenen Entscheide zu erwähnen.

(78) Einen wesentlich anderen Ausgangspunkt zur rechtlichen Erfassung der Bankgarantie wählt Schönle SJZ 79 (1983) S. 53 ff, der dabei aber leider auf die Grundlagen Kleiners nicht näher eintritt; vgl. im einzelnen nachfolgend S. 41 ff. - Die übrigen Autoren, die sich überhaupt auf diese Grundlagen einlassen (Huber S. 52 f, Guggenheim S. 178 f, Roesle S. 27, Dohm N 97), prüfen vorab, ob die Bankgarantie - noch - unter Art. 111 OR fällt und kommen ausser Huber alle zum Ergebnis, es liege ein Vertrag sui generis vor. Da Art. 111 OR nur als Sonderfall des Garantievertrages gilt (Kleiner S. 120 m.w.N. in N 437 f, Scyboz S. 324), ist von den Ausführungen dieser Autoren

Grad der Uebereinstimmung kaum auszumachen. Dies hängt vorab damit zusammen, dass der **Begriff des Garantievertrages eine gewisse Aufweichung** erfahren hat. Es genügt offensichtlich zunehmend, dass der Wille des Promittenten genügend deutlich zum Ausdruck kommt, er wolle sich selbständig verpflichten, damit keine - akzessorische - Bürgschaft vorliegt (79). Der Frage, ob damit stets und notwendigerweise für die Leistung "schlechthin" eingestanden werde, wird hingegen jeweils nicht eingehend nachgegangen.

Dass die Bankgarantie eine auch **nicht (mehr) geschuldete Leistung** sicherstelle, wird nur mehr selten als *conditio sine qua non* ihrer Selbständigkeit herausgestrichen (80), immerhin aber noch häufig (81) - wenn auch nicht immer völlig widerspruchsfrei zum Kontext (82) - als charakteristisches

zum Verhältnis Bankgarantie - Garantievertrag eigentlich nur die Anmerkung Dohms (N 95 a.E.) von Interesse, wonach der Garant des Art. 111 OR im Unterschied zur Bank unter einer Bankgarantie nur zur Zahlung verpflichtet ist, wenn der Begünstigte die Nichtleistung nachweist.

- (79) In diesem Sinne Béguelin SJK Nr. 769, Giovanoli N 13b zu OR 492, Bucher S. 197, Gutzwiller ZSR 1984 S. 130, Guggenheim S. 180 und 183, wohl auch Gauch/Schluep/Jäggi N 2603. - In dieser Untersuchung wird demgegenüber am (vorne S. 13 ff umschriebenen) traditionellen Begriff des Garantievertrages festgehalten. - Zum ganzen Problem ausführlich hinten S. 118 ff.
- (80) So aber Scyboz, der auf S. 387 weitgehend die "Indizien" Kleiners übernimmt; besonders deutlich auch Huber S. 53, nach welchem es sich bei einer Garantie gem. Art. 111 OR "nicht um eine Garantie für die Verpflichtung des Hauptschuldners handeln" kann, "da sie dann eben von der Existenz der Verpflichtung abhängig und somit akzessorisch ist. In diesem Sinne muss ... die Forderung Kleiners, dass im Text der Verpflichtung die garantierte Leistung eher als Resultat und nicht als Ausfluss einer Schuldpflicht aufgefasst sein müsse, verabsolutiert werden".
- (81) So Dohm N 71: "Der Garant" (die Bank) "soll gerade auch für alle nichttypischen Zufälle haften"; im gleichen Sinne Roesle S. 12: "Die Bankgarantie sichert den Begünstigten namentlich davor, dass ... die Hauptschuld nicht entsteht oder wegfällt, sowie vor höherer Gewalt".

Merkmal des Typus anerkannt und auf jeden Fall nie ausdrücklich in Abrede gestellt. Erhalten hat sich entsprechend die Ansicht, für die Selbständigkeit bzw. Akzessorietät der Verpflichtung sei von Bedeutung, ob sie auf die Leistung oder die Leistungspflicht des Hauptschuldners Bezug nehme (83).

Immer mehr in den Vordergrund tritt demgegenüber der Charakter der Bankgarantie als **einfach zu realisierender Sicherheit** (84), die in Anspruch genommen werden kann, "ohne dass es nötig wäre, zuvor etwaige Meinungsverschiedenheiten über die Abwicklung des Grundvertrages zu klären und insoweit gar ein Prozess- oder Schiedsverfahren einzuleiten. Demgemäss gilt der Grundsatz 'erst zahlen, dann prozessieren'" (85).

Betont wird überdies die **Umkehr der Parteirollen** (86), da der Einredenausschluss die Frage nach der "endgültigen Vermögenszuweisung" nur aus der Beziehung Garantiebank - Begünstigter ausschaltet, "nicht aber vollständig und endgültig eliminiert; sie ist dem Grundverhältnis zwischen dem Garantieauftraggeber und dem Begünstigten zuzuweisen" (87).

Nach Schönle ergibt sich die Antwort auf die Frage der Verknüpfung von Garantiezusage und Valutaverhältnis (88) bereits aus dem allgemeinen Grundsatz der **Relativität der Vertragsverhältnisse** (89). Unter Berufung auf den Milchpulverent-

(82) Vgl. Dohm N 53 a.E. und 118 f.

(83) Roesle S. 38, Dohm N 78, Entscheid HG ZH v. 9.12.1983 zit. Nobel Ergänzungsband S. 272 f; unentschieden Gugenheim S. 182.

(84) Dohm N 88; Roesle S. 13.

(85) Dohm N 71.

(86) Roesle S. 14.

(87) Dohm N 101; Schönle SJZ 79 S. 74.

(88) Schönle SJZ S. 56.

(89) Schönle SJZ S. 60, vgl. auch Dohm N 223.

scheid des Bg (90) sieht Schönle die wirtschaftlichen Vorgänge einleuchtend erklärt, wenn die Bankgarantie als bedingte und befristete Anweisung betrachtet wird (91). Allerdings bewirke die Anweisungsqualifikation "keine Rechtsfolgen, die nicht auch ohne diese rechtliche Einordnung der vom Auftraggeber der Bank erteilten Ermächtigung eintreten würden" (92), weil in Art. 468 Abs. 1 OR lediglich dieser Grundsatz der Relativität der Vertragsverhältnisse bekräftigt werde (93).

Eine Abhängigkeit zwischen Sicherungsverpflichtung und Grundverhältnis sei mithin nur gegeben, wenn das Leistungsversprechen "rechtsgeschäftlich an **Bedingungen** geknüpft wird, die sich **aus dem Valutaverhältnis** ableiten" (94). Allfällige Mängel im Valutaverhältnis berührten ohne eine solche Verknüpfung von Bankgarantie und Valutaverhältnis die Zahlungspflicht der Bank grundsätzlich nicht (95). Hingegen sei der Begünstigte gegenüber dem Auftraggeber (96) verpflichtet, die Bankgarantie nicht vereinbarungswidrig in Anspruch zu nehmen. "Eine Inanspruchnahme der Garantie bei **Mangelhaftigkeit des Valutaverhältnisses** muss er unterlassen. Das sagt entweder die Parteivereinbarung, oder es folgt aus dem Gebot der Rechtsausübung nach Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB. Die schuldhaftige Verletzung dieser Pflicht macht den Begünstigten gegenüber dem Auftraggeber schadenersatzpflichtig nach Art. 97

(90) Zit. Nobel S. 387 ff.

(91) Schönle SJZ S. 57. Dennoch qualifiziert Schönle (a.a.O. lit c.) das Rechtsverhältnis zwischen der Garantiebank und dem Begünstigten als Innominatsvertrag, der offensichtlich zum Anweisungstatbestand hinzutritt.

(92) "Vom Zeitpunkt des Entstehens der bedingten und befristeten Zahlungspflicht der Bank gegenüber dem Begünstigten abgesehen" (Schönle SJZ S. 57).

(93) Schönle SJZ S. 60.

(94) Schönle SJZ S. 57; vgl. auch S. 73.

(95) Schönle SJZ S. 60; abgesehen von offensichtlichen Missbrauchsfällen (a.a.O. S. 59).

(96) Schönle SJZ S. 59.

Abs. 1 OR" (97). Davon, dass die Bankgarantie gerade vor dem Risiko solcher Mängel des Grundverhältnisses schützen soll, kann keine Rede mehr sein.

(97) Schönle SJZ S. 57. - Aus dem Kontext (S. 60 bei N 53) ergibt sich wohl, dass diese Unterlassungspflicht auch besteht, wenn die geschuldete Leistung unmöglich geworden ist.

§ 3

ZWECK UND FUNKTIONSWEISE DER BANKGARANTIE IN DER BEUR-
TEILUNG DES DEUTSCHEN UND ÖSTERREICHISCHEN SCHRIFTTUMS

I. Bankgarantie und Bürgschaftsrecht

Es darf wohl ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die rechtsdogmatische Erfassung des Phänomens "Bankgarantie" in der Schweiz ganz wesentlich von den Schwierigkeiten geprägt ist, den Anwendungsbereich der **Schutznormen des Bürgschaftsrechtes** zu bestimmen. Im Bürgschaftsrecht wird ausführlich das Entstehen für die Erfüllung einer Schuldpflicht geregelt, und zwar ein Entstehen in einer bestimmten Art und Weise, nämlich akzessorisch. Darüber hinaus bestimmt Art. 492 Abs. 4 OR, dass der Bürge nicht zum Voraus auf die ihm vom Bürgschaftsrecht eingeräumten Rechte verzichten kann. Alles kommt also darauf an, ob sich ein Promittent als Bürge im Sinne des Gesetzes verpflichtet, weil diesfalls die Modalitäten seines Entstehens zwingend festgelegt sind. Und umgekehrt: ein Promittent kann sich nur dann nichtakzessorisch (selbständig) verpflichten, wenn keine Bürgschaft im Sinne des Gesetzes vorliegt.

Im deutschen wie im österreichischen Recht fehlt nun eine Art. 492 Abs. 4 OR entsprechende Bestimmung. In beiden Ländern ist unbestritten, dass § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB (1) bzw. § 937 ABGB

(1) "Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen". Vgl. demgegenüber Art. 502 Abs. 1

abdingbar ist und der Bürge auf die Geltendmachung von Einreden des Hauptschuldners verzichten kann. Man diskutiert nur, ob die Bürgschaft insoweit in einen Garantievertrag oder ein selbständiges Schuldversprechen übergeht oder sich mit einem solchen verbindet (2).

Demzufolge ist die grundsätzliche Zulässigkeit der Bankgarantie und ihre grundsätzliche Verbindlichkeit entsprechend ihrem rigorosen Wortlaut - bei allen Meinungsverschiedenheiten über die Bedeutung der verkehrstypischen Klauseln (3) - in Deutschland wie in Oesterreich nie in Frage gestellt worden (4). "Wenn ... in solcher Weise versprochen wird, dass auf eine derartige Anforderung hin ohne Einwendungen Zahlung geleistet werde, dann wird damit ein entsprechendes Recht des Begünstigten begründet" (5).

Satz 1 OR, insbesondere "... ist berechtigt und verpflichtet ...".

- (2) Für Deutschland von Caemmerer S. 301 m.w.N. Diskutiert wird daneben, wie deutlich ein solcher Verzicht geäußert sein muss, vgl. Horn NJW 1980 S. 2154 f m.w.N. - Für Oesterreich Schinnerer Bank-Archiv 1972 S. 448. Bemerkenswert insbesondere auch Schinnerer/Avancini II S. 293: "Dabei wird davon ausgegangen werden müssen, dass die Bedeutung der rechtlichen Selbständigkeit der Garantie, und damit auch der Akzessorietät der Bürgschaft als Unterscheidungsmerkmal nicht überschätzt werden darf".
- (3) So insbesondere der Formel "auf erstes Anfordern". - Auch in der vom BGH WM 1979 S. 691 ausgelösten Diskussion um die "Bürgschaft auf erstes Anfordern" wird die sofortige, wenn auch vorläufige Zahlungsverpflichtung des in Anspruch genommenen Interzedenten nicht in Frage gestellt. Vgl. dazu Horn NJW 1980 insbeso. S. 2159; dagegen von Westphalen S. 79 f.
- (4) Vgl. die frühen Nachweise bei Auhagen S. 29 f.
- (5) Von Caemmerer S. 297; ebenso für Oesterreich Koziol S. 10 f.

II. Bankgarantie und Garantievertrag

Die Autoren sind sich darin einig, dass die Bankgarantie insofern einen "Garantievertrag" darstellt, als sie ein **nicht-akzessorisches Versprechen** beinhaltet (6), mithin von der akzessorischen Bürgschaft zu unterscheiden ist, mit dieser aber den Charakter eines Sicherungsmittels gemein hat (7). Unbestritten ist auch, dass die Bank gegenüber ihrer Inanspruchnahme grundsätzlich nicht geltend machen kann, dass eine wirk-same Hauptverbindlichkeit nie entstanden oder weggefallen sei (8).

Die Vieldeutigkeit des Begriffes "Garantievertrag" (9) erlaubt zwar nicht in jedem Falle, aus der - naheliegenden - Zuordnung der Bankgarantie zum Garantievertrag zu schliessen, der jeweilige Autor spreche sich damit auch für die Uebereinstimmung der Rechtslage mit derjenigen des Garantievertrages i.e.S. aus. Dennoch muss in beiden Ländern - wie auch in der Schweiz - wohl als h.L. gelten, die **Zweckbestimmung des Garantievertrages i.e.S.** treffe auch für die Bankgarantie zu; auch sie bedeute Einstehen für einen bestimmten Erfolg oder die Fortdauer eines bestimmten Zustandes und nehme dem Begünstigten die entsprechenden Risiken ab (10). Allerdings wird der Grad

-
- (6) Hein S. 16 und dort in N 16 anscheinend lückenlos Zit.
 - (7) Hein S. 50, von Westphalen S. 86 m.w.N. in N 147.
 - (8) Statt aller Auhagen S. 26.
 - (9) So wird in Deutschland im Anschluss an Heck (Schuldrecht 1929 § 126, 3 und 9) der Garantievertrag auch als Oberbegriff für obligatorische Sicherungsverpflichtungen verwendet, der die akzessorische Bürgschaft als Sondergestaltung mitumfasst. Die Beschränkung der Begriffsverwendung auf die nichtakzessorische Garantieverpflichtung und in Abgrenzung zur Bürgschaft wird zum Teil sogar kritisiert, von Caemmerer S. 305; zur Begriffsbildung auch von Marschall S. 31.
 - (10) Canaris N 502. - Ein immer stärkeres Abrücken von dieser Position ist allerdings unverkennbar, vgl. Mülberr ZIP

dieser Uebereinstimmung, namentlich ihre Bedeutung für die Rechtsfindung, im einzelnen recht unterschiedlich beurteilt.

Am weitesten gehen dabei wohl Schinnerer/Avancini. Nach diesen Autoren (11) ist die Bankgarantie "keine Festigung des ursprünglichen Schuldverhältnisses, sondern dient dazu, dem Begünstigten den Verlust zu ersetzen, für den er sich sonst nicht regressieren könnte" (12). Der Begünstigte nehme deshalb die Bankgarantie auch dann vereinbarungsgemäss in Anspruch, wenn die Verbindlichkeit des Hauptschuldners nicht zum Entstehen kommt oder nachher weggefallen ist (13), weil es "gerade der Wille der vertragsschliessenden Parteien gewesen ist, unbedingt das **Risiko des Grundgeschäftes auf die garantieübernehmende Bank zu übertragen**" (14). "Der Bürgschaftsvertrag ist zu diesem Zweck nicht nur wegen seiner Akzessorietät, sondern sogar dann unzulänglich, wenn vereinbart wird, dass der Bürge über erstes Verlangen zu zahlen hat, und zum Ausdruck kommt, dass der Bürge auf alle Einwendungen verzichtet, die dem Hauptschuldner zustehen, da eine solche Vereinbarung ... nicht als allgemeine und unbestimmte Verzichtsleistung auf die Einwendungen gegen den Bestand des Hauptvertrages ... angesehen werden kann" (15).

1985 S. 1108.

- (11) Nach den Ausführungen Koziols (S. 7 ff et passim) zu schliessen handelt es sich dabei offensichtlich um den in Oesterreich herrschenden Standpunkt.
- (12) Schinnerer/Avancini II S. 285. - Ungeklärt bleibt dabei allerdings, wie sich diese Auffassung mit der Tatsache verträgt, dass "der Auftraggeber einer garantierenden Bank, wenn auch nur im Innenverhältnis, immer derjenige ist, der letzten Endes definitiv leisten soll, wenn auch im Umweg über die Leistung der Bank selbst" (id. S. 299 N 107).
- (13) Schinnerer/Avancini II S. 317. - Vgl. auch S. 316 N 176 und e contrario S. 298: "Nicht berechtigt wäre die Inanspruchnahme nur, wenn die Verpflichtung der Bank akzessorisch wäre".
- (14) Schinnerer/Avancini II S. 291.

Schinnerer/Avancini wollen ihre Auffassung dadurch bestätigt sehen, dass die Banken im Rahmen der Exportfinanzierung auf besondere Vereinbarung hin das Risiko der Nichteinlösung von Wechseln durch einen ausländischen Partner ihres Kunden übernehmen (16). In der Schweiz ist diese Dienstleistung, die hier als **Fortfaitierung** bezeichnet wird (17), allerdings m.W. stets vom eigentlichen Kautionsgeschäft strikte getrennt und wird zudem bei etlichen Banken von einer spezialisierten Tochtergesellschaft angeboten.

Einen solch pointierten Standpunkt hat der Verfasser im Übrigen Schrifttum nicht angetroffen. Hier werden nur ganz **selten** (18) aus dem Wesen des Garantievertrages i.e.S. irgend-

(15) Schinnerer/Avancini II 288 f. - Diese Auffassung hat auch - im Ergebnis von der h.L. (vgl. von Westphalen S. 155 m.w.N., Dohm N 255 ff) abweichende - Auswirkungen auf Einwendungen und Einreden der Bank gegen die Inanspruchnahme: vgl. S. 308 N 139, 317, 322 und besonders illustrativ S. 310: "Sollten **Bedenken** in die Richtigkeit einer solchen der garantierenden Bank vorgelegten Erklärung bestehen, so kann ein Erlag nach § 1425 ABGB in Erwägung gezogen werden, weil die Inanspruchnahme der Garantie mit Hilfe einer unrichtigen Erklärung Rechtsmissbrauch wäre und die etwaige **Unklarheit** des Bestehens der Voraussetzungen der Inanspruchnahme auch den Bestand der Forderung in Frage stellt". Demgegenüber ist nach h. L. ein "**offensichtlicher**" Rechtsmissbrauch erforderlich. - Vgl. auch die Beurteilung der verkehrstypischen Klauseln "auf erstes Anfordern" und "unter Verzicht auf Einwendungen und Einreden" durch Schinnerer/Avancini S. 315 f und die Stellungnahme dazu bei von Westphalen S. 89 und Koziol S. 11 f.

(16) Schinnerer/Avancini II S. 289.

(17) In eine ähnliche Richtung geht auch das sogenannte Factoring, worunter allerdings ein ganzes Paket von Dienstleistungen zu verstehen ist. Zur praktischen Abwicklung vgl. z.B. "Handbuch der Exportfinanzierung" Heft 40 der Schriftenreihe der Schweiz. Kreditanstalt; rechtlich vgl. Schluep S. 828 ff und neuestens E.A. Kramer (Hrsg.), Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, Bern 1985.

(18) Am deutlichsten noch Hein S. 44 ff.

welche **Rückschlüsse** auf die Rechtslage bei der Bankgarantie gezogen. Weit häufiger (19) findet sich einleitend ein Hinweis auf die Rechtslage beim Garantievertrag i.e.S., insbesondere um damit den Unterschied einer selbständigen Sicherungsverpflichtung zur akzessorischen Bürgschaft herauszuarbeiten. In der Folge ist jedoch von zentraler Bedeutung, ob nach dem Wortlaut des Leistungsversprechens der Begünstigte eine "von Einwendungen aus seinem Kausalverhältnis zum Hauptschuldner grundsätzlich unabhängige Rechtsstellung erhalten soll oder nicht" (20).

Nur selten wird demgegenüber in der Auslegung erwogen, ob "die Haftung sich beschränken soll auf den Fall der Nichterfüllung" (21). So widerspricht nach deutscher Auffassung die Annahme einer Bürgschaft dem Zweck einer Verpflichtung, auf erste Nachricht, dass ein Schuldner einer **vertraglichen Verpflichtung** nicht nachgekommen ist, zu zahlen (22). Zur Erfüllungsgarantie findet sich denn durchwegs die Feststellung, diese stelle eine Garantie für vertragsgemäße Erfüllung dar (23), und Ähnliches gilt auch für andere Erscheinungsformen selbständiger Bankgarantien (24). Die für den Garantievertrag i.e.S. typische Erfolgssicherung wird bei der Bankgarantie eher als möglicher Effekt des Einwendungsverzichts geltengelassen (25).

(19) Typisch für diese Argumentationsweise etwa Liesecke WM 1968 S. 24, Schönle S. 337; vgl. auch OLG Stuttgart WM 1977 S. 881.

(20) Canaris N 514.

(21) Käser S. 30.

(22) Käser S. 30 m.w.N.; vgl. aber BGH WM 1979 S. 691.

(23) Auhagen S. 4, Canaris N 504, Schönle S. 339, Liesecke WM 1968 S. 22, Schütze RIW/AWD 1981 S. 584, Trost daselbst S. 659, von Westphalen S. 45.

(24) So für die Zahlungsgarantie von Marschall S. 30, von Westphalen S. 46; für die Anzahlungsgarantie von Westphalen S. 44. - Bei der Bietungsgarantie kommen demgegenüber eher vorvertragliche Verpflichtungen in Frage, vgl. von Westphalen S. 44.

Darüber hinaus werden auch die **Unterschiede** zwischen den beiden Vertragstypen herausgearbeitet. Die Bankgarantie sei nur ein Unterfall des allgemeinen Garantievertrages (26), die sich von letzterem im Grad der "Abstraktheit" unterscheide (27). Und wenn nach der deutschen Bankengesetzgebung (§ 1 Abs.1 Satz 2 Ziff. 8 KWG) "die Uebernahme von Bürgschaften, Garantien und sonstigen Gewährleistungen für andere" zu den Bankgeschäften gehören, so wird das Versprechen auf erstes Anfordern zu zahlen nicht den "Garantien", sondern den "sonstigen Gewährleistungen" zugerechnet (28). Im Ergebnis wird sogar festgehalten, die Bankgarantie habe "eigentlich mit der normalen Garantie ... nichts zu tun" (29).

III. Die Bankgarantie als leicht zu realisierende Sicherheit

Wenn nach Auffassung zahlreicher Autoren eine beabsichtigte Erfolgssicherung zumindest nicht durchwegs die Wahl des Sicherungsinstrumentes bestimmt hat, so wird diesfalls ausgeführt, die Beteiligten hätten eine selbständige Bankgarantie vereinbart, weil sie als Sicherheit leicht zu aktivieren sei (30); weil sie ohne Nachweis und auch gegen den Widerspruch

(25) Im Bankgeschäft kann die Erfolgssicherung vor allem von praktischer Bedeutung sein, wenn die Erfüllung einer Geldschuld durch staatliche Devisenmassnahmen behindert wird (Liesecke WM 1968 S. 25).

(26) Von Westphalen S. 93.

(27) Von Westphalen S. 55, Schönle S. 341, Liesecke WM 1968 S. 24.

(28) Schönle S. 337.

(29) Aden RIW/AWD 1981 S. 440. Deutlich arbeitet auch Mülbert (ZIP 1985 S. 1102) den Unterschied zwischen der "klassischen" und der Garantie "auf erstes Anfordern" heraus.

(30) Trost RIW/AWD 1981 S. 663, Mülbert ZIP 1985 S. 1102 mit Hinweisen auf zahlreiche Gerichtsentscheide in N 10.

ihres Auftraggebers (31) bei ordnungsgemässer Anforderung die Erfüllung eines behaupteten Anspruches verschafft (32), der auch ohne Inanspruchnahme des Rechtsweges durchgesetzt werden könne (33). Diese Entlastung vom **Risiko des prozessualen Bestreitens** wird häufig als von entscheidender Bedeutung für das Wesen der Bankgarantie angesehen (34). Es gilt der aus dem Akkreditiv übernommene Grundsatz "erst zahlen, dann prozessieren" (35). Wenn es schon bei Inanspruchnahme der Bankgarantie zum Prozess komme, habe diese bereits ihren Zweck verfehlt, dem Berechtigten einen schnellen und sicheren Ausgleich bestimmter erlittener Nachteile zu "garantieren" (36).

(31) Schinnerer/Avancini II S. 288.

(32) Schütze RIW/AWD 1981 S. 85.

(33) Auhagen S. 31.

(34) Von Caemmerer S. 298 f; zustimmend von Marschall S. 28 N 6; im gleichen Sinne Canaris N 524, Schütze RIW/AWD 1981 S. 85, Trost daselbst S. 659, von Westphalen S. 32 ff, Mülbert ZIP 1985 S. 1102 mit N 11.

(35) Statt vieler Liesecke WM 1968 S. 26.

(36) Liesecke WM 1968 S. 22, Käser S. 41.

3. Teil

EIGENE ANALYSE VON ZWECK UND FUNKTIONSWEISE DER BANKGARANTIE

§ 4

IST DIE BANKGARANTIE EIN GARANTIEVERTRAG I.E.S. (IM SINNE EINER PERSONALSICHERHEIT) ?

Dass die Bankgarantie eine Leistung "schlechthin" (1) sicherstelle, mithin unabhängig davon, ob diese vom Dritten, von dem sie erwartet wird, geschuldet ist oder nicht, wird von einem Teil der Lehre als wesensbestimmendes, notwendiges Merkmal dieses Sicherungsgeschäftes bezeichnet. Andere Autoren gehen zwar nicht davon aus, eine solche Leistungssicherung sei notwendig, damit die Bankgarantie selbständige Sicherung sei; immerhin erachten auch sie eine solche Funktion für möglich. Demgegenüber wurde, seit die Bankgarantie als selbständige Sicherungsverpflichtung anerkannt ist (2), soweit ersichtlich

-
- (1) "Leistung 'schlechthin'" und "Erfolg" werden im folgenden synonym verwendet.
- (2) Anders die ältere schweizerische Lehre, vgl. vorne S. 26 ff; von Büren II S. 306 N 79.

kaum je grundsätzlich in Abrede gestellt (3), die Bankgarantie sei ein Garantievertrag i.e.S. Diese Hypothese wird im folgenden einer näheren Ueberprüfung unterzogen.

I. Hinweise in der Gestaltung des Leistungsversprechens

Die Gestaltung des Leistungsversprechens lässt die Frage, ob die Bank auch eine nichtgeschuldete Leistung sicherstelle, offen. Wohl nimmt das Leistungsversprechen in aller Regel (4) auf ein bestimmtes oder bestimmbares Rechtsverhältnis Bezug, in welchem etwas gesichert werden soll. Die Funktion der versprochenen Zahlung der Bank in diesem Grundverhältnis braucht aber nicht klargestellt zu sein; die Bankgarantie bleibt auch typisch, wenn der Begünstigte etwa nur zu bestätigen braucht, dass der abberufene Betrag fällig sei.

Hingegen kann die Funktion im Grundverhältnis auch in der Sicherungsverpflichtung angedeutet oder klargestellt sein; so etwa "... dass der Verkäufer seine vertraglichen Verpflichtungen nicht ordnungsgemäss erfüllt hat" (5); "... dass ... die Firma den Kontrakt ... nicht fristgemäss unterzeichnet hat" (6); "... dass die Firma XY in Z nicht bis spätestens

(3) Am ehesten wohl noch von Aden RIW/AWD 1981 S. 440, nach welchem es "etwas gezwungen" wirke, wenn die Bankgarantie mit der Erfolgssicherungsgarantie gleichgestellt wird; Mülbart ZIP 1985 S. 1102 und 1109, nach dessen Ausführungen "ein sachlicher Unterschied zwischen Garantien 'auf erstes Anfordern' und den klassischen Fällen der Garantie anzuerkennen ist". - Der Aufsatz Mülbarts, der die jüngere deutsche Rechtsprechung zur Bankgarantie aufarbeitet, bestätigt im Übrigen weitgehend die in dieser Untersuchung aus einer Analyse von Zweck und Funktionsweise der Bankgarantie gewonnenen Erkenntnisse.

(4) Nicht notwendigerweise: von Westphalen S. 49 m.w.N.

(5) Dohm Anlage 2a.

(6) Dohm Anlage 1a.

am ... eine Turbine, Modell ..., in betriebsfertigem Zustand geliefert und montiert hat" (7). Nur ist die Formulierung eines solchen Hinweises nach allgemeiner Auffassung nie von primärer Bedeutung: entscheidender sind vielmehr Klauseln wie "auf erstes Anfordern", "unter Verzicht auf Einwendungen und Einreden", "ohne Prüfung des Rechtsgrundes". Sogar wenn auf eine allfällige Leistungsstörung hingewiesen wird, tritt die Art, wie diese Leistungsstörung in der Sicherungsverpflichtung Erwähnung findet ("... seine vertraglichen Verpflichtungen" oder "... nicht geliefert hat"), an Bedeutung zurück gegenüber der Wendung, mit welcher der **Hinweis eingeleitet** wird ("gegen Ihre schriftliche Bestätigung, dass" bzw. "falls") (8).

Da die Bank sich verpflichtet, "auf erstes Anfordern", "ohne Erhebung von Einwendungen und Einreden" Zahlung zu leisten, kann sie - allein nach dem Verpflichtungstext beurteilt - die Leistung **"schlechthin"** sicherstellen wollen, weil sie damit das von ihr übernommene Risiko auf jeden Fall nicht ausdrücklich auf dasjenige der Uneinbringlichkeit einer Forderung beschränkt. Zweifel sind höchstens anzumelden, wenn im Text erwähnt ist, die Bank verpflichtete sich "im Auftrag und auf Rechnung" (9). Denn man kann wohl ohne weiteres irgendein Risiko "im Auftrag" übernehmen, insbesondere, wenn der Begriff

(7) Kleiner S. 45.

(8) Sogar Kleiner (S. 55), der davon ausgeht, die Bankgarantie habe "mit der Sicherung einer Forderung nichts zu tun, sondern nur mit derjenigen einer Leistung, gleichgültig, ob diese gefordert werden kann oder nicht" (S. 36), bezeichnet etwa den Text "auf erste Anforderung hin und ohne ihre Begründung ... gegen ihre schriftliche Bestätigung, dass die Firma A ihrer **Verpflichtung** nicht nachgekommen ist" als Bsp., in welchem mehrere textliche Indizien zugunsten einer selbständigen Sicherung sprechen; einen Widerspruch (vgl. a.a.O. S. 56) erkennt er trotz "Verpflichtung" anscheinend nicht. Vgl. demgegenüber aber a.a.O. S. 58, wenn der Hinweis mit "falls" eingeleitet wird.

(9) Vgl. die Beispiele von Kleiner S. 51 und S. 69.

"Auftrag" nicht in einem engen rechtstechnischen Sinn verstanden wird (10). Nicht ohne weiteres einsichtig ist jedoch, ob ein beliebiges Risiko "auf Rechnung" übernommen werden kann, denn ein Risiko **übernehmen** heisst, die Folgen von dessen Verwirklichung aus dem eigenen Vermögen zu bestreiten, mit der Uebernahme im Sinne einer Personalsicherheit den Kreis der möglichen Risikoträger für dieses Risiko zu erweitern.

Auch die Bezeichnung "Bankgarantie" ist **kein verlässlicher Hinweis** darauf, dass ein Garantievertrag i.e.S. vorliege, wird doch der Begriff, wie allenthalben betont wird (11), in verschiedenster Weise und unter verschiedensten Umständen verwendet.

Die Unergiebigkeit des Verpflichtungstextes für die einleitende Frage nötigt mithin, auf **weitere Umstände des Rechtsgeschäfts** zurückzugreifen: ob - abgesehen von allen Umständen, die sonstwie für die gewollte Selbständigkeit der Sicherungsverpflichtung sprechen - nach diesen auszumachen ist, dass die Bank mit einer Bankgarantie die "Leistung schlechthin" sicherstelle.

II. Hinweise im Valutaverhältnis Auftraggeber - Begünstigter

Aus dem Valutaverhältnis lässt sich wiederum wenig ableiten, was sich für Zweck und Funktionsweise der Bankgarantie irgend-

(10) Z.B. übernimmt eine Versicherung Risiken "im Auftrag" des Versicherungsnehmers.

(11) Statt vieler Kleiner S. 37 ff m.w.N., Scyboz S. 336. - Mehr Gewicht wird dem Ausdruck "Garantie" in Deutschland zugemessen, allerdings insbesondere hinsichtlich der damit zum Ausdruck gebrachten Selbständigkeit der Sicherungsverpflichtung, nicht aber als qualifiziertes Indiz für einen Garantievertrag i.e.S., vgl. Mülbert ZIP 1985 S. 1104 m.w.N. in N 25 f.

wie verallgemeinern liesse. Den Beteiligten an diesem Grundverhältnis - etwa den Parteien eines Vertragsverhältnisses - steht es **grundsätzlich frei** zu regeln, wer die Folgen zu tragen hat, wenn sich Risiken verwirklichen, denen ihr Rechtsverhältnis seiner Natur nach ausgesetzt ist. Sie können solche Risiken auch einem Dritten, etwa einer Versicherung, überbinden. Und sie können den Kreis der Risikoträger dergestalt erweitern, dass ein Vertragspartner die erwartete Leistung "schlechthin", damit allenfalls eine Ersatzleistung von einem Garanten erhalten soll, auch wenn die Leistungspflicht des Hauptschuldners nie entstanden ist oder dahinfällt. Die Rolle eines solchen Garanten i.e.S. kann selbstverständlich grundsätzlich auch eine Bank übernehmen.

Hingegen sind doch Valutaverhältnisse zu verzeichnen, zu deren Absicherung häufig Bankgarantien zu stellen sind, bei welchen man sich aber **schwer vorstellen** kann, in welchem Sinne damit - auch nur allenfalls - **nicht geschuldete** Leistungen sichergestellt werden sollen. Zu denken ist namentlich an Gerichtskautionen, die häufig - und von den Prozessordnungen ausdrücklich vorgesehen (12) - in Form einer selbständigen Bankgarantie geleistet werden, ebenso wie an die Absicherung anderer öffentlichrechtlicher Verhältnisse (13). Ähnliche Zweifel an der Absicherung eines auch nichtgeschuldeten Erfolges vermag sodann häufig die Natur der abgesicherten "Leistung" zu wecken; so, wenn die Rückzahlung eines Darlehens "garantiert" wird (14).

(12) So wurde in der zürcherischen ZPO vom 13.6.1976 gegenüber der Fassung von a§ 67 in § 79 Abs. 2 die Bürgschaft bewusst gestrichen und durch die Garantie einer im Kt. Zürich niedergelassenen Bank ersetzt (Sträuli/Messmer N 4 zu § 79 ZH ZPO). Ebenso sieht die neueste StPO der Schweiz, diejenige des Kt. Appenzell Innerrhoden vom 27.4.1986, in Art. 61 Abs. 2 neu eine Garantie einer in der Schweiz niedergelassenen Bank vor.

(13) Beispiele Schönle S. 338.

(14) Vgl. Reichwein SJZ 52 (1956) S. 377.

III. Hinweise im Deckungsverhältnis Auftraggeber - Bank

Die Analyse des Deckungsverhältnisses Auftraggeber - Bank ist nun aufschlussreich bezüglich der von der Bank übernommenen Risiken. Die Abgabe einer Bankgarantie erfolgt im Rahmen des eigentlichen Kautionsgeschäftes stets **im Auftrage eines Kunden** der Bank (15). In der Regel (16) ist zudem der Auftraggeber zugleich Hauptschuldner der gesicherten Leistung im Grundverhältnis. Auf diese Konstellation ist zunächst einzugehen.

Die Bank nimmt einen solchen Auftrag nach Einräumung eines entsprechenden **Kautionskredites** an (17). In der überwiegenden Zahl der Fälle ist der Kreditnehmer im Lande der Bankniederlassung domiziliert. Für ausländische Kunden erfolgt die Kreditgewährung zum guten Teil gegen kurante Deckung; Blankokredite kommen hauptsächlich für im Ausland domizilierte Banken in Frage (18), solche für ausländische Nicht-Banken können praktisch vernachlässigt werden (19).

-
- (15) Anders allenfalls, wenn die Bank z.B. für eine eigene Konzerngesellschaft einsteht oder etwa als Mäzen einer kulturellen oder sportlichen Veranstaltung auftritt. Auch im normalen Bankgeschäft kommen daneben "informelle Bankgarantien" vor, etwa die Checkeinlösungszusage, Kübler S. 176, insbesondere auch die Checkkartenabrede, Schluep S. 883 ff. Zudem "garantiert" die Bank häufig eine eigene Verpflichtung, vgl. z.B. SJZ 77 (1981) S. 250 f Nr. 40 = Nobel Ergänzungsband S. 235 ff.
- (16) Zu den Ausnahmen nachf. V. S. 63 ff.
- (17) Vgl. Kleiner S. 137.
- (18) Im Kautionsgeschäft insbesondere im Zusammenhang mit indirekten Bankgarantien; dazu Dohm N 46 ff.
- (19) Bei schweiz. Banken schätzungsweise unter 1 %; es handelt sich bei solcher ausländischer Kundschaft im übrigen vorab um bedeutende ausländische Unternehmungen, von denen anzunehmen ist, sie hätten (verarrestierbare) Vermögenswerte in der Schweiz.

Charakteristischer Geschäftszweck einer Personalsicherheit, mithin auch der Kautionsverpflichtung einer Bank, ist wie erwähnt die Uebernahme eines Risikos. Für die Bank ist nun dieses Risiko ausschliesslich dasjenige der **Uneinbringlichkeit ihres Aufwendungsanspruches** (20). Wie die ebenerwähnte Kundenstruktur zeigt, handelt es sich dabei praktisch ausschliesslich um ein **kundendeterminiertes Risiko**. Andere Risiken wie Transferrisiko, Länderrisiko usw. sind von absolut untergeordneter Bedeutung; sie mögen allenfalls im Einzelfall, etwa wenn eine schweizerische Bank Zweitbank einer indirekten Garantie zugunsten eines schweizerischen Begünstigten ist, von Bedeutung sein (21). Diese Einzelfälle vermögen auf jeden Fall nicht zu begründen, die Bank (22) übernehme wesensbestimmend für die Bankgarantie solche Risiken, die ausserhalb der Person ihres Auftraggebers liegen.

Vielmehr erweist sich als das Risiko, dessen Folgen die Bank - wenn es sich verwirklichen sollte - aus dem eigenen Vermögen bestreitet, praktisch jenes der **Zahlungsunfähigkeit ihres Auftraggebers**. Nur in dieser Hinsicht ist durch die Einschaltung der Bank der Kreis der Träger von Risiken, denen das Grundverhältnis ausgesetzt ist, typischerweise um einen zusätzlichen Risikoträger erweitert.

(20) Soweit die Bank andere Risiken übernimmt, wie etwa mit der Forfaitierung, wird diese Spezialdienstleistung zumindest in der Schweiz von Spezialabteilungen und ausserhalb des eigentlichen Kautionsgeschäftes angeboten, das hier in Frage steht, vgl. auch vorne S. 48 mit N 17.

(21) Eine solche indirekte Bankgarantie wird allerdings wohl vorab deshalb vom schweizerischen Begünstigten ausbedungen, weil die Bank solche Risiken eher als der Begünstigte abschätzen kann. Eigentliche Ausfallrisiken sind eher unwahrscheinlich, nicht zuletzt weil die Befristung der Verpflichtung der schweizerischen Bank solchen Risiken angepasst ist.

(22) Vgl. demgegenüber aber die zwischenparteiliche Uebernahme solcher Risiken im Rahmen des Grundverhältnisses, nachf. § 5 S. 68 ff.

IV. Fazit

Verwirklicht sich das von der Bank übernommene Risiko der Zahlungsunfähigkeit ihres Auftraggebers **nicht**, so **vermindert** die Inanspruchnahme der Bankgarantie das **Vermögen ihres Auftraggebers**; im hier behandelten Normalfall (23) des Hauptschuldners im Grundverhältnis. Dabei kann zunächst dahingestellt bleiben, ob die Vermögensverschiebung vom Auftraggeber zum Begünstigten definitiv ist und unter welchem Titel sie erfolgt (24). Grundsätzlich lässt sich hingegen festhalten: Nach dem Grundverhältnis war dieser Auftraggeber verpflichtet, eine Bankgarantie zu einem bestimmten Zweck zu verschaffen. Ueber diesen Zweck müssen sich Auftraggeber und Begünstigter geeinigt haben; anderenfalls ist die Vereinbarung in dieser Hinsicht nach dem hypothetischen Vertragswillen zu ergänzen (25). Nach Massgabe dieser - ausdrücklichen oder ergänzten - Vereinbarung ist die Inanspruchnahme der Bankgarantie entweder vereinbarungsgemäss oder vereinbarungswidrig.

Wie eine vereinbarungswidrige Inanspruchnahme dogmatisch zu beurteilen ist, wird an späterer Stelle untersucht (26). Unzweifelhaft dürfte aber zum vorneherein feststehen, dass es nicht eigentlicher **Zweck** der Bankgarantie und ihrer spezifischen Ausgestaltung sein kann, dem Begünstigten eine **vereinbarungswidrige** oder gar rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme zu ermöglichen. Für die Untersuchung der von den Beteiligten vorausgesetzten Funktionsweise der Bankgarantie muss vielmehr die Rechtslage entscheidend sein, in welcher der Begünstigte die Bankgarantie in irgendwelchem Sinne vereinbarungsgemäss in Anspruch nimmt.

(23) Zu den Sonderfällen nachf. V.

(24) Im einzelnen hinten S. 109 ff.

(25) Zu Wesen und Vorgehensweise der Vertragsergänzung Gauch/Schlupe/Jäggi N 908 ff.

(26) Hinten S. 112 f.

Immer dann muss aber festgehalten werden: Weil der Auftraggeber verpflichtet war, die Bankgarantie zu beschaffen, und weil der Begünstigte sie vereinbarungsgemäss in Anspruch genommen hat, war der Auftraggeber auch **verpflichtet**, den Betrag **dem Vermögen des Begünstigten zuzuführen**, den dieser unter der Bankgarantie erhalten hat. Diese These wird dadurch bestätigt, dass es wenig Sinn machen würde, wenn die Bank sich verpflichtete, "im Auftrag und auf Rechnung und Gefahr" ihres Kunden dem Begünstigten eine Leistung zukommen zu lassen, zu welcher ebendieser Kunde nicht verpflichtet ist. Man kann sich nicht auf **Rechnung** eines Dritten "**weiter**" verpflichten, als dieser Dritte selber verpflichtet ist.

Ob mit einer solchen Vermögensverschiebung eine "**definitive Vermögenszuweisung**" (27) stattfinden soll, ist grundsätzlich unerheblich. Auch etwa ein Anspruch auf Sicherstellung (28) ist ein klagbares Recht auf eine geschuldete Leistung, auch wenn damit keine definitive Vermögenszuweisung bezweckt wird.

Aus alledem ergibt sich, dass die Bank - entgegen der wohl herrschenden Ansicht - weder im Hinblick auf das von ihr übernommene Risiko noch im Hinblick auf die Funktion ihrer Zahlung im Grundverhältnis eine (auch) nichtgeschuldete Leistung garantiert. Vielmehr ermöglicht sie dem Begünstigten die **Befriedigung** eines wie immer gearteten **Anspruches** gegenüber dem Hauptschuldner unabhängig von dessen Leistungsfähigkeit und Leistungswilligkeit (28a).

In diesem Sinne liegt die "**typische Bürgschaftssituation**" (29) vor und nicht diejenige des Garantievertrages, mit wel-

(27) Horn NJW 1980 S. 2159.

(28) Vgl. z.B. Art. 43 Abs. 2, Art. 330 Abs. 1 OR.

(28a) Im Ergebnis wie im Kontext Mülbert S. 62.

(29) Von Caemmerer S. 306. Aber **nur** in diesem Sinn, vgl. hinten S. 129 f.

chem sich der Promittent "weiter oder auf etwas anderes" (30) verpflichtet als der Hauptschuldner, und mit welchem der Kreis der Risikoträger nicht nur letztlich für die Zahlungsunfähigkeit eines am Grundverhältnis Beteiligten, sondern auch für andere Risiken erweitert wird (31). Die Bank verpflichtet sich im Übrigen nicht nur nicht "weiter oder auf etwas anderes" als der Hauptschuldner, soweit die Bankgarantie vereinbarungsgemäss in Anspruch genommen wird, sondern in gewissem Sinne auch bei vereinbarungswidriger oder rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme, weil wiederum der Auftraggeber und nicht die Bank die allfälligen Folgen dieses Missbrauchsrisikos zu tragen, sich gewissermassen "soweit" verpflichtet hat.

Daneben unterscheidet sich auch die **Einredenlage** der Bank, die "ohne Erhebung von Einwendungen und Einreden", "ohne weitere Prüfung des Rechtsverhältnisses" usw. Zahlung verspricht, wesentlich von derjenigen des Garanten i.e.S. (32), der insbesondere ohne Einschränkung und nicht nur in qualifizierten Missbrauchsfällen geltend machen kann, die versprochene Leistung des Dritten sei erbracht worden.

(30) BGE 75 II 51.

(31) Ein allfälliger Rückgriff des eigentlichen Garanten auf den "Dritten" aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses (vgl. Scyboz S. 333) kann deshalb nur so weit gehen, als eine Schuldspflicht dieses Dritten besteht, nicht aber, soweit dieser die Leistung nicht (mehr) schuldet. Bei anderslautender Abmachung hat man es nicht mehr mit einem Garantievertrag i.e.S. zu tun.

(32) Vgl. dazu die Zusammenstellung der z.T. kontroversen Lehrmeinungen bei Gauch/Schluep/Jäggi N 2598, im weiteren auch Jäggi/Gauch N 589 f zu OR 18.

V. Sonderfall:

Auftraggeber der Bank ist nicht Hauptschuldner (33)

Diese Konstellation ist insbesondere anzutreffen, wenn eine Konzerngesellschaft (etwa die Muttergesellschaft) der Bank den Auftrag erteilt, im Rahmen eines Rechtsverhältnisses, an dem nicht sie selbst, sondern eine andere Konzerngesellschaft (etwa eine Tochtergesellschaft) beteiligt ist, eine Bankgarantie abzugeben.

Im vorne (III.) beschriebenen Normalfall führt der Rückgriff der Bank auf den Hauptschuldner dazu, dass die Inanspruchnahme dessen Vermögen vermindert. Die Vermögensverschiebung erweist sich damit als Anspruchsbefriedigung zwischen den Parteien des Grundverhältnisses, und die Bank übernimmt "bürgschaftstypisch" nur das Insolvenzrisiko des Hauptschuldners. Dieser "Zirkel" erscheint nun im obigen Beispiel **durchbrochen**: es steht offen, ob die auftraggebende Konzerngesellschaft - wie die Bank dies tun würde - auf die am Grundverhältnis beteiligte Konzerngesellschaft vollumfänglich Rückgriff nimmt und nehmen kann.

Das Risiko der Bank verändert sich durch diese Sachlage nicht: es bleibt dasjenige, von ihrem Auftraggeber ihren Aufwendersatzanspruch nicht befriedigt zu erhalten (34). Ent-

-
- (33) Gelegentlich kommt im Bankgeschäft auch vor, dass nicht der Hauptgläubiger Begünstigter einer - etwa von einem Unterlieferanten in Auftrag gegebenen - Bankgarantie ist, sondern die Hausbank des Hauptunternehmers, um dieser als Kreditsicherheit z.B. für eine Bankgarantie zu dienen, die sie ihrerseits für den Haupt-(Werk-)Vertrag abzugeben hat. Kredittechnisch problematisch an dieser Konstruktion ist, dass - auch wenn mehrere solcher Bankgarantien für die Rechtsverhältnisse mit allen Unterlieferanten bestehen - eine jede solche Bankgarantie nur das Verhältnis zu diesem Unterlieferanten absichert, nicht aber unter Umständen wirtschaftlich die Folgen abdeckt, die eine von einem einzelnen Zulieferer verursachte Leistungsstörung im Hauptvertrag haben kann: im Extremfall, dass das ganze Projekt scheitert.

scheidend für das Verständnis dieses Sonderfalls ist aber, welche "Leistung" die Bank mit ihrem Leistungsversprechen effektiv absichert.

Die auftraggebende Konzerngesellschaft wurde zur Einschaltung ihrer Hausbank entweder - wohl im Regelfall - von der am Grundverhältnis beteiligten Konzerngesellschaft, oder allenfalls auch vom nachmaligen Begünstigten direkt veranlasst. Dieser Begünstigte erklärt sich nur bereit, mit der zweiten Konzerngesellschaft ein Rechtsverhältnis einzugehen, wenn - von wem auch immer - für dieses eine Bankgarantie gestellt wird. Ihm kommt es diesbezüglich nur auf das Ergebnis an: durch eine Bankgarantie gesichert zu sein. Deshalb kann davon ausgegangen werden, dass diese ihn **von den selben Risiken entlasten** soll, gleichgültig von wem die Bankgarantie in concreto nun gestellt ist.

Erst aus dem **Rechtsverhältnis zwischen den beiden Konzerngesellschaften** ergibt sich aber, welche Risiken des Grundverhältnisses die auftraggebende Konzerngesellschaft zu übernehmen bereit ist. Wird nach dieser Vereinbarung die auftraggebende Konzerngesellschaft - was wohl wiederum den Regelfall machen wird - **vollumfänglich** auf die am Grundverhältnis beteiligte **Rückgriff** nehmen, so übernimmt die erstere nur das Insolvenzrisiko der letzteren. Damit ändert sich zum vorneherein nichts an der Funktion der Bankgarantie, irgendwie geartete Ansprüche des Begünstigten gegenüber dem Hauptschuldner sicherzustellen; es ist lediglich ein weiterer Interzedent mit gleicher Sicherungsfunktion "zugeschaltet" (35).

-
- (34) Im Gegenteil wird der Rückgriff allenfalls erleichtert, wenn die auftraggebende Konzerngesellschaft im Lande der Bankniederlassung domiziliert ist, nicht hingegen die am Grundverhältnis beteiligte.
- (35) Eine genaue Analyse, welche Ansprüche die Bank diesfalls absichert, führt allerdings zum gleichen Ergebnis wie die Analyse im folgenden Absatz.

Sollte hingegen die auftraggebende Konzerngesellschaft ausnahmsweise **weitere Risiken des Grundverhältnisses** übernehmen, d.h. für solche auf einen Rückgriff auf die am Grundverhältnis beteiligte Konzerngesellschaft verzichten, so ist ein **Garantievertrag i.e.S.** gegeben. Dieser besteht aber **zwischen der auftraggebenden Konzerngesellschaft und dem Begünstigten**: Die Bankgarantie sichert mithin die Ansprüche des Begünstigten aus diesem Garantievertrag i.e.S. gegenüber der auftraggebenden Konzerngesellschaft ab, nicht eigentlich aber die erwartete "Leistung" im Grundverhältnis (36). Solche Ansprüche liessen sich grundsätzlich auch durch Bürgschaft absichern: Es ist ein durchsetzbares Hauptschuldverhältnis gegeben, nämlich der Garantievertrag mit der auftraggebenden Konzerngesellschaft. Der Kreis der Träger von über die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners hinausgehenden Risiken ist nicht durch die Einschaltung der Bank erweitert worden, sondern (zumindest gedanklich vorangehend) durch die Einschaltung der auftraggebenden Konzerngesellschaft.

Diese dogmatische Lösung wird dadurch bestätigt, dass ein Garantievertrag i.e.S. **formlos** abgeschlossen werden und die Willensäusserung der Parteien sich gar **aus den Umständen** ergeben kann (37). Als solcher Umstand kann nun eben gelten,

(36) Wie auch bei einem vollumfänglichen Rückgriff nicht eigentlich die Erfüllung im Grundverhältnis abgesichert wird (vgl. vorne N 35), sondern die Erfüllung der durch die Leistungsstörung im Grundverhältnis fällig gewordene Forderungssicherung. - In solchen Konstellationen vermischt sich einmal mehr die Grenze zwischen Intervention und Interzession (vgl. vorne S. 16 ff). Die Bank erfüllt mit ihrer Zahlung den durch die Leistungsstörung im Grundverhältnis entstandenen Anspruch des Begünstigten gegen die auftraggebende Konzerngesellschaft, ohne dass der Begünstigte eine direkte Leistung von letzterer erwartet und verlangen wird. Die Leistungspflicht der Bank ist insofern primär, nicht subsidiär.

(37) Scyboz S. 327. - Konstruktiv dürfte häufig auch noch ein Vertrag zugunsten eines Dritten (Art. 112 OR) im Spiele stehen.

dass die auftraggebende Konzerngesellschaft eine Bankgarantie veranlasst hat.

Diese Ueberlegungen gelten nun immer, wenn eine Bankgarantie **scheinbar eine nicht geschuldete Leistung** absichert. Wenn mithin der Veräußerer von Aktien dem Erwerber die Ausschüttung einer Dividende in bestimmter Höhe garantiert (38), der Veräußerer eines Unternehmens einen bestimmten Ertrag usw. (39), kann ein solches Garantieverprechen grundsätzlich ohne weiteres durch eine Bankgarantie wie auch durch ein anderes Interzessionsgeschäft abgesichert werden. Die Ueberlegungen gelten insbesondere auch, wo Kleiner (40) "reine (Bank-)Garantien" erkennen will (41): nämlich die im Akkreditivgeschäft anzutreffenden **Garantien für fehlende oder mangelhafte Dokumente**. Dies lässt sich an den beiden von Kleiner angeführten Beispielen nachweisen.

In beiden Beispielen (42) haben sich die Begünstigten (Spediteur bzw. akkreditiveröffnende oder -bestätigende Bank) "bereiterklärt", dem Importeur bzw. Akkreditivbegünstigten einen **Vorteil** zu gewähren: nämlich trotz fehlender bzw. mangelhafter Dokumente die Sendung auszuhändigen bzw. Zahlung zu leisten. Diese Bereiterklärung kann aber kaum anders als als Vertrags- oder Vertragsänderungs**offerte** verstanden werden, die sich aber nicht an die garantierende Bank, sondern an denjenigen richtet, dem dieser Vorteil im Effekt gewährt wird: an den Kunden der Bank.

(38) Vgl. BGE 46 II 157.

(39) Weitere Beispiele bei Scyboz S. 330. Vgl. zur begrifflichen Zuordnung aber auch vorne S. 15 N 46.

(40) Kleiner S. 34 f; im Anschluss daran auch Roesle S. 29.

(41) Der Vollständigkeit halber sei darauf verwiesen, dass auch nach Kleiner (S. 67) Rechtsverhältnisse, die ihrer Natur nach nach selbständiger Sicherung rufen (Schenkungsversprechen, Alimentenforderungen; vgl. im einzelnen Bär S. 43 und 52 f) im Bankgeschäft von marginaler Bedeutung sind.

(42) Kleiner S. 34 f.

Inhalt dieser Vertragsofferte ist neben der offerierten Leistung die dafür verlangte **Gegenleistung**: nämlich schadlos gehalten zu werden. Diese Gegenverpflichtung trifft aber denjenigen, dem der Vorteil gewährt wurde, also wiederum den Kunden der garantierenden Bank. Dabei ist unerheblich, ob die Offerte des Garantiebegünstigten vorgängig direkt gegenüber dem Kunden der Bank (was im Beispiel 1 der Fall sein dürfte) oder nur gegenüber der garantierenden Bank (was wohl für das Beispiel 2 zutrifft) geäußert wurde: denn die Bank nimmt diesfalls die Offerte als Stellvertreter ihres Kunden an (43).

Im Ergebnis: die Bank handelt - was im Beispiel 1 ausdrücklich festgehalten ist - im Auftrag (und auf Rechnung) des Importeurs bzw. Akkreditiv-Begünstigten. Dieser garantiert allenfalls eine nichtgeschuldete Leistung (Schadloshaltung des Begünstigten); die Bank aber stellt wiederum nur Ansprüche aus diesem Garantievertrag i.e.S. sicher (44).

(43) Das Stellvertretungsverhältnis kann sich auch aus den Umständen ergeben, oder es liegt Geschäftsführung ohne Auftrag vor. - In der Praxis des Akkreditivgeschäftes, wo im Übrigen das Beispiel 2 ohne den bei Kleiner S. 35 N 83 erwähnten akkreditiv-technischen "Vorbehalt" kaum vorkommen dürfte, erfolgt denn auch in solchen Fällen regelmässig eine Rückfrage mit Ermächtigungscharakter beim Akkreditiv-Begünstigten, sofern nicht dieses Einverständnis schon mit der Dokumenteneinreichung erklärt wurde, etwa mit der Wendung: "unter den gegebenen Umständen sind wir mit einer Zahlung unter Vorbehalt einverstanden".

(44) Deutlich in diesem Sinne auch der Mustertext von Dohm Anlage 5a, insbesondere 1. Abschnitt.

§ 5

IST DIE BANKGARANTIE AUSDRUCK EINER VERBUNDENEN
ERFOLGSZUSAGE IM RAHMEN DES GRUNDVERHÄLTNISSSES ?

I. Der erweiterte Begriff der Erfolgssicherungsgarantie

Im voranstehenden § 4 ist ausgeführt, dass die Bankgarantie kein Garantievertrag i.e.S. ist, weil mit ihr keine vom Hauptschuldner (1) nicht geschuldete Leistung abgesichert wird. Nun wird - wie bereits erwähnt (2) - der Begriff der **Erfolgssicherungsgarantie** auch in einem erweiterten Sinn verwendet, der die **verbundene Erfolgsszusage** (3) mitumfasst. Diese verschafft den am Grundverhältnis Beteiligten keinen zusätzlichen, persönlich haftenden Risikoträger (= Garantievertrag i.e.S. = i.S. einer Personalsicherheit). Stattdessen **schuldet der Hauptschuldner** selbst dem Begünstigten einen "Über die blosse Vertragsgemässheit der geschuldeten Leistung hinausreichenden Erfolg", allenfalls gar einen Erfolg, "der nicht nur von der Vertragsgemässheit der Leistung, sondern auch von anderen Faktoren abhängig ist" (4). Die "Garantie" bezieht sich damit nicht eigentlich auf eine Leistung, die nicht geschuldet ist (5).

-
- (1) Differenzierend vorne S. 63 ff. Die nachfolgenden Überlegungen gelten aber grundsätzlich auch, wenn der Hauptschuldner nicht zugleich Auftraggeber der Bank ist.
 - (2) Vorne S. 14 f.
 - (3) Nach der herrschenden Terminologie den verbundenen Garantievertrag.
 - (4) Von Westphalen S. 53 m.w.N.
 - (5) Vgl. auch vorne S. 15 N 45.

Wenn die Bankgarantie als Erfolgssicherungsgarantie gelten soll, gleichzeitig aber kein Garantievertrag i.e.S. ist, fragt sich, ob die Vereinbarung im Grundverhältnis, es sei eine Bankgarantie auf erstes Anfordern zu beschaffen, **Ausdruck** einer solchen verbundenen Erfolgsszusage des Auftraggebers der Bankgarantie ist. Dieser Auftraggeber hätte diesfalls mittels der Zahlung der Bank eine Ersatzleistung zu erbringen, falls er einen versprochenen **Erfolg** - i.d.R. die im Grundvertrag geschuldete Leistung - aus welchen Gründen auch immer **nicht herbeizuführen** vermag.

In der Tat lässt die Ausgestaltung der Bankgarantie (Verzicht auf alle Einwendungen und Einreden aus dem Hauptschuldverhältnis) diese **Möglichkeit** zu. Unzweifelhaft kann deshalb zumindest im **Einzelfall** eine solche Sinngebung zutreffen. Hingegen kann die Bankgarantie nur sinnvoll als Unterfall der Erfolgssicherungsgarantie bezeichnet werden, wenn sie typisch, vom "**durchschnittlichen Parteiwillen**" (6) gedeckt, der Erfüllung einer verbundenen Erfolgsszusage dient bzw. eine solche sicherstellt (7). Nun ist es natürlich ausserordentlich schwierig, einen solchen "durchschnittlichen Parteiwillen" auszumachen. Da aber ein beachtlicher Teil der Lehre der Bankgarantie eine verbundene Erfolgsszusage unterstellt (8), muss mindestens überprüft werden, ob sich diese Hypothese in der **Textgestaltung** typischer Bankgarantien oder allenfalls in **weiteren Umständen** des Geschäftes **bestätigen** lässt.

(6) Schluep S. 788.

(7) So kann z.B. auch nicht die Eigentumsübertragung generell als Unterfall der Sicherungsgeschäfte bezeichnet werden, nur weil im Einzelfall Eigentum (fiduziarisch) auch zu Sicherungszwecken übertragen wird. - Möglich, wenn auch wenig sinnvoll, wäre, jede selbständige (nichtakzessorische) obligatorische Sicherungsverpflichtung als Erfolgssicherungsgarantie zu bezeichnen. Vgl. auch hinten § 7, bes. S. 131 ff.

(8) Vgl. vorne S. 33 ff, 39 ff, 46 ff. - Nur so kann nach dem im § 4 Ausgeführten etwa die Haftung "für alle nichttypischen Zufälle" (Dohm N 71) verstanden werden.

Die Bankgarantie zeichnet sich insbesondere durch ihre **Selbstständigkeit**, ja qualifizierte Selbstständigkeit (9) aus. Es liegt deshalb nahe, dass diese Selbstständigkeit direkt mit dem Wesen und der Funktionsweise der Bankgarantie zusammenhängt. Die Selbstständigkeit ist aber gleichzeitig eine Gemeinsamkeit der Bankgarantie mit dem Garantievertrag i.e.S. Dieser ist vorab selbständig, weil sich eine nichtgeschuldete Leistung nur selbständig und nicht akzessorisch absichern lässt. Liesse sich auch eine verbundene Erfolgszusage nur selbständig absichern, so wäre dies ein deutliches **Indiz** dafür, dass im Grundverhältnis mit der Vereinbarung einer Garantiebeschaffung generell, allenfalls vermutungsweise eine solche **verbundene Erfolgszusage gewollt** ist. Andernfalls müssten die Gründe für die qualifizierte Selbstständigkeit der Bankgarantie ausserhalb der Absicherung einer verbundenen Erfolgszusage liegen.

Einen weiteren Hinweis liefert die **verkehrstypische Gestalt** der Bankgarantie, weil sie als solche auch für den "durchschnittlichen" Begünstigten akzeptabel sein wird. Will nun dieser vorab eine verbundene Erfolgszusage seines Grundvertragspartners abgesichert haben, so müsste ein Leistungsversprechen für ihn akzeptabel und damit auch verkehrstypisch bleiben, wenn es ihm ausschliesslich dies und nichts anderes gewährleistet, namentlich nicht die vom Schrifttum angeführte und noch zu behandelnde sofortige Realisierbarkeit der Sicherheit.

9) So wird sie etwa in Deutschland als "in höherem Grade abstrakt" als das abstrakte Schuldversprechen des § 780 BGB bezeichnet, Liesecke WM 1968 S. 24.

II. Absicherung einer verbundenen Erfolgszusage

1. Risikozuweisung im Grundverhältnis

Ein Rechtsverhältnis ist in der Entstehung, im Fortbestand und in der Abwicklung (Erfüllung) Risiken ausgesetzt, die die Erwartungen der Beteiligten in den vorausgesetzten Ablauf enttäuschen können. Solche Risiken wurzeln etwa in der Person der Beteiligten (z.B. Leistungsunfähigkeit, -unwilligkeit), in deren vollzogenen oder von ihnen erwarteten Handlungen (z.B. mangelhafter Vertragsabschluss; mangelhafte Erfüllung) oder in äusseren Faktoren (z.B. objektive Unmöglichkeit). Unter **Leistungsstörung** ist in dieser Untersuchung verstanden, dass die **Erwartungen** eines Beteiligten über den Ablauf und die Wirkungen des Geschehens durch die Verwirklichung ebensolcher Risiken **enttäuscht** werden (10).

Die Rechtsordnung stellt mit der Anerkennung bzw. Nichtanerkennung privater Interessen einen mutmasslich angemessenen **Interessenausgleich** zwischen den Beteiligten sicher. Dies gilt namentlich auch für die Regelung von Leistungsstörungen (11). Damit **weist** die Rechtsordnung den Beteiligten **Risiken zu**. Sie bestimmt, wer welche Leistungsstörungen zu vertreten hat: sei es, weil diese dem Verhalten eines Beteiligten zugerechnet werden müssen, sei es aber auch - wenn die Leistungsstörung ausserhalb der Rechtsmacht der Beteiligten gründet -, weil einem Beteiligten die Enttäuschung seiner Erwartung nach Billigkeit eher zugemutet werden kann.

Mit wenigen Ausnahmen sind die Beteiligten befugt, diese **Risikozuweisung abweichend von der gesetzlichen Ordnung zu regeln** (12), gar Risiken auf einen sonst nicht beteiligten

(10) Vorne S. 10.

(11) Statt vieler Beispiele Art. 103 Abs. 1 und Art. 185 OR.

Dritten zu überwälzen, der sich zu solcher Uebernahme bereit erklärt (Personalsicherheiten). Nach den getroffenen und allfällig zu ergänzenden Vereinbarungen, ansonsten nach dispositiver gesetzlicher Ordnung, bestimmen sich mithin Rechte und Pflichten der Beteiligten, auch solche mit Bezug auf Leistungsstörungen.

2. Verbundene Erfolgszusage als durchsetzbarer Anspruch

Innerhalb des weiten gesetzlichen Spielraums **anerkennt** die Rechtsordnung **Ansprüche** aus einer solchen zwischenparteilichen, von der dispositiven gesetzlichen Regelung abweichenden **Risikozuweisung**. Ansprüche aus vermögensrelevanten Auswirkungen von Leistungsstörungen lassen sich ebenso durchsetzen wie etwa der Anspruch auf Erhalt der grundvertraglich vereinbarten Hauptleistung. Dies hat Auswirkungen darauf, **wie** ein solcher Anspruch **abgesichert** werden kann.

Die - akzessorische - Bürgschaft sichert "die Erfüllung der Schuld" (13). Auf Entstehungsgrund und Gegenstand dieser Schuld kommt es dabei nicht an; sie muss lediglich in Geld ausgedrückt werden können (14). Wohl enthält das Bürgschaftsrecht spezifische Regeln, wie sich gewisse Leistungsstörungen im Grundverhältnis auf die Bürgenschuld auswirken. Wenn aber nur die Schuldpflicht des Hauptschuldners unter irgendeinem Titel bestehen bleibt, gelten solche Regeln nur "mangels anderer Abrede" (15). Mithin kann grundsätzlich eine verbundene Erfolgszusage **auch mittels akzessorischer Bürgschaft** abge-

(12) Scyboz S. 337, Gauch/Schluep/Jäggi N 1964.

(13) Art. 492 Abs. 1 OR.

(14) Scyboz S. 358.

(15) Art. 499 Abs. 2 OR; Giovanoli N 10 zu OR 492, Bucher S. 227 ff. - Vgl. auch Art. 499 Abs. 2 Ziff. 1 OR "wenn dies ausdrücklich vereinbart worden ist", Art. 499 Abs. 3 OR "wenn sich nicht etwas anderes aus dem Bürgschaftsvertrag oder aus den Umständen ergibt".

sichert werden, ebenso wie durch die gleichfalls akzessorische Konventionalstrafe (16).

3. Verbundene Erfolgszusage und Selbständigkeit der Bankgarantie

Um eine verbundene Erfolgszusage abzusichern, bedarf eine Sicherungsverpflichtung **keiner Selbständigkeit**. Dies im Unterschied zum Garantievertrag i.e.S., mit welchem das Risiko des Ausbleibens einer nichtgeschuldeten Leistung nur mit einer selbständigen Verpflichtung auf den vertraglichen Risikoträger abgewälzt werden kann. Damit dürfte auch der Umkehrschluss gerechtfertigt sein: die Selbständigkeit der Bankgarantie ist für sich **kein Indiz** für eine verbundene Erfolgszusage ihres Auftraggebers.

Umso weniger lässt sich der **generelle Verzicht** auf Einwendungen und Einreden aus dem Grundverhältnis mit der Absicht **erklären**, eine verbundene Erfolgszusage sicherzustellen. Würde nämlich tatsächlich die Bankgarantie stets eine im Grundverhältnis vereinbarte verbundene Erfolgszusage ihres Auftraggebers sicherstellen, so hätte ein solcher Verzicht in dieser Hinsicht (17) nur Wirkung für die Einwendung, die verbundene Erfolgszusage selbst sei nicht zustandegekommen oder dahingefallen, sowie für die Einwendung, der versprochene Erfolg sei in Tat und Wahrheit herbeigeführt worden. Dies kann aber kein legitimer Zweck dieses Ausschlusses sein.

(16) Becker N 14 zu OR 160 und N 4 zu OR 163, Oser/Schönenberger N 9 zu OR 163; vgl. aber auch Kleiner S. 65.

(17) D.h. abgesehen von der noch zu behandelnden sofortigen Realisierbarkeit der Sicherheit, vgl. hinten § 6 S. 82.

III. Hinweise aus den weiteren Umständen auf eine Erfolgssicherungsfunktion der Bankgarantie

1. Das Interesse des Begünstigten am Erfolg

Es mag zwar zutreffen, den **Begünstigten interessiere** - allein aufgrund seiner Interessenlage - zunächst **wenig**, ob die erwartete Leistung vom Auftraggeber der Bankgarantie überhaupt geschuldet ist und ob dieser die Leistung aus dem Hauptschuldverhältnis schuldhaft nicht erbracht hat (18). Hingegen ist m.E. verfehlt, daraus auf eine Erfolgssicherungsfunktion der Bankgarantie zu schliessen. Denn mit einem solchen Interesse an der Leistung unterscheidet sich der Begünstigte einer Bankgarantie nicht wesentlich von **jedem anderen Gläubiger**. Ein Gläubiger interessiert sich generell - allein mit Blick auf sein Interesse an der versprochenen Leistung - **ebensowenig** dafür, ob etwa sein Vertragspartner handlungsunfähig sei, einem wesentlichen Irrtum unterliege; ob die gekaufte Sache gestohlen, die verkaufte mangelhaft sei.

Entscheidend ist vielmehr, ob die auf das Rechtsverhältnis anwendbare Rechtsordnung **Folgen an solche Tatbestandselemente** knüpft, die den **Anspruch auf die Leistung vereiteln** können. Solche Tatbestandselemente müssen den Gläubiger kümmern, weil ihn interessieren muss, ob und unter welchen Umständen die Rechtsordnung sein privates Interesse an der Leistung als **subjektives Recht** anerkennt. Legitimer Zweck der Bankgarantie kann nicht sein, mit der Einräumung der "denkbar stärksten Rechtsposition" (19) eine faktische Lage zu schaffen, die eine Interessenbefriedigung ausserhalb der subjektiven Rechte ermöglicht. Allein das Interesse des Begünstigten an der Leistung vermag deshalb eine generelle Erfolgssiche-

(18) So Roesle S. 10.

(19) Horn NJW 1980 S. 2153.

rungsfunktion der Bankgarantie weder zu begründen noch zu rechtfertigen.

2. Leistungshindernisse wegen wirtschaftsrechtlicher Eingriffe

Wirtschaftsrechtliche Eingriffe nehmen in den Argumenten für die Erfolgssicherungsfunktion der Bankgarantie einen besonders prominenten Platz ein. In der Tat sind diese für einen ausländischen Vertragspartner regelmässig **schwer** in ihrer Begründetheit zu beurteilen, **abzuschätzen** oder vorauszusehen (20). Ebenso mag der Umstand, dass wohl die Mehrzahl der ausländischen Begünstigten sich eine **indirekte Bankgarantie** (21) mit dem Leistungsversprechen einer in ihrem Land domizilierten Bank ausbedingen (oder die Importgesetzgebung dies zwingend vorschreibt), mit vom Bedürfnis bestimmt sein, Zahlung daraus unabhängig von möglichen Devisentransferbeschränkungen oder -verboten zu erhalten (22).

Es fragt sich mithin, ob namentlich eine indirekte Bankgarantie generell als Ausdruck dafür verstanden werden muss, es sei eine **Leistungspflicht**, allenfalls eine Ersatzleistungspflicht, **unabhängig allfälliger wirtschaftsrechtlicher Eingriffe**, die die (Haupt-)Leistung verbieten, die Leistungspflicht einschränken oder aufheben, vereinbart.

Da allerdings die Einschaltung der Bank legitimerweise nur dazu dienen kann, subjektive Rechte abzusichern, nicht aber einen verpönten Erfolg zu gewährleisten (23), wäre diesfalls allemal zu fragen, ob die Parteien des Grundverhältnisses auch **berechtigt** (24) sind, einen solchen Effekt anzustreben:

(20) Von Caemmerer S. 299.

(21) Zu Begriff und Besonderheiten Dohm N 46 ff.

(22) Dohm N 48.

(23) Vgl. Scyboz S. 329, Schinnerer/Avancini II S. 292.

(24) Dieses rechtliche Dürfen der Beteiligten am Grundver-

konkret ob der Auftraggeber berechtigt ist, solche öffentlich-rechtlichen Eingriffe seines Domizilstaates zu vereiteln. Wenn die Parteien auch grundsätzlich frei sind, wie sie die Zuweisung vermögensrelevanter Folgen der Verwirklichung von Risiken regeln, denen das Grundverhältnis ausgesetzt ist, so doch nur unter dem **Vorbehalt** zwingender und damit auch **öffentlichrechtlicher Vorschriften**.

Entsprechend handelt der Begünstigte **vereinbarungswidrig**, wenn er die Bankgarantie in Anspruch nimmt, obwohl die Rechtsprechung **beider beteiligten Länder** ein solches Leistungshindernis als entlastend anerkennt (25). Soweit aber die

hältnis braucht sich keineswegs mit dem Umfang der Leistungspflicht der Bank zu decken. Wenn ein Beteiligter am Grundverhältnis sein rechtliches Dürfen überschreitet, eröffnet dies der Bank nicht notwendigerweise das Recht (und die Pflicht), ihre eigene Leistung zu verweigern, vgl. Schönle SJZ 79 (1983) S. 60.

- (25) Von Caemmerer S. 299 f. - Anders für das Akkreditiv die wohl h.M., da dieses zum Zweck habe die "absolute Sicherstellung des Akkreditierten gegen Einflüsse, die nicht in seiner Machtsphäre liegen", Kübler S. 191 m.w.N. (dessen Ausführungen sich allerdings auf die Frage der Befreiung der Bank und nicht auf diejenige des rechtlichen Dürfens des Begünstigten beziehen). - Da Akkreditive in aller Regel der Zahlung(-ssicherung) von Warenlieferungen dienen, aber auch - mittels der ausbedungenen Dokumente - die Abwicklung dieser Lieferung regeln, gewinnt die Frage nach dem kaufrechtlichen Uebergang von Nutzen und Gefahr (Art. 185 OR; vgl. insbeso. Abs. 2 a.E.) zentrale Bedeutung. Entsprechend lässt sich - wenn auch mit Vorbehalten (vgl. hinten S. 104) - die These vertreten, mit der Versendung grundvertragsgemäßer Ware und der Einreichung akkreditivkonformer Dokumente hätte der Verkäufer alles seinerseits erforderliche zur Abwicklung des Geschäftes getan (Kübler a.a.O.). Diese kaufrechtlich begründete Regel des Akkreditivgeschäftes lässt sich aber nicht unbesehen auf die Verhältnisse bei der Bankgarantie übertragen. Es geht dort nicht mehr um die blossе Gegenleistung für die erbrachte eigene Leistung, sondern um die Bewältigung von Leistungsstörungen, die mannigfaltige Ursachen haben können, die entsprechend auch - wie noch weiter auszuführen sein wird - einer differenzierten Regelung bedürfen und vom Grundvertrag und/oder der anwendbaren Rechtsordnung auch differenziert geregelt sind.

Rechtsordnung des Landes des Begünstigten ein solches Leistungshindernis **nicht** als entlastend anerkennt, kann es der **Zahlungsunfähigkeit** des Hauptschuldners bzw. der Unfähigkeit zu erfüllen **gleichgesetzt** werden (26). Das Schweizerische Bürgschaftsrecht verneint zwar diesfalls eine Einstandspflicht des Bürgen, sieht aber ausdrücklich abweichende Vereinbarung vor (27). Andere Rechtsordnungen, die den Bürgenschutz nicht so konsequent durchgeführt haben, dürften regelmässig eine solche - ausdrückliche - Risikoübernahme im Rahmen einer Bürgschaft ebenfalls zulassen (28). Ob damit dogmatisch eine Mischform von Garantie und Bürgschaft geschaffen wird (29), bleibe dahingestellt; auf jeden Fall **bedarf** eine Sicherung, die ein solches Risiko abdecken soll, **nicht** der Zahlbarstellung "auf erstes Anfordern" und "unter Verzicht auf alle Einwendungen und Einreden".

Auch praktische Beobachtungen und Ueberlegungen sprechen eher **dagegen**, dass für die qualifizierte Selbständigkeit der Bankgarantie generell die Befürchtung von zentraler Bedeutung ist, wirtschaftsrechtliche Eingriffe könnten die Hauptleistung verhindern.

Auch wenn beim ausländischen Begünstigten nicht unbedingt Kenntnis der Geschichte der schweizerischen Aussenwirtschaftspolitik vorausgesetzt werden kann, ist doch eher **unwahr-**

(26) So die Praxis des Bg vor der 1942er Revision: BGE 60 II 304; im einzelnen Scyboz S. 369 N 19.

(27) Art. 501 Abs. 4 OR. - Nicht ausdrücklich regelt das Gesetz allerdings die interessante Frage nach dem Rückgriff des Bürgen auf den Hauptschuldner (möglich etwa durch Verrechnung, Arrestierung). Vgl. demgegenüber Art. 507 Abs. 4 OR. - Dass von dieser Möglichkeit kaum je Gebrauch gemacht wird (Kleiner S. 71 N 208), zeigt ebenfalls, dass es dem Begünstigten nicht in erster Linie auf das Absichern dieses spezifischen Risikos ankommt.

(28) Vgl. von Caemmerer S. 300 mit Hinweisen.

(29) So Kleiner S. 71 N 208.

scheinlich, dass in einer beachtlichen Anzahl der Fälle, wo eine ausländische (Zweit-) Bank die "Leistung" eines schweizerischen Exporteurs sicherzustellen hat, der Begünstigte tatsächlich mit der Möglichkeit rechnet, die **schweizerische Wirtschaftsgesetzgebung** könnte dem Exporteur diese **Leistung verbieten** oder gar dessen (Gegen-)Leistungspflicht aufheben.

Im Gegenteil würden entsprechende **Bedenken bezüglich anderer Exportländer** dazu einladen, statt wie üblich nur je eine Bank im Lande des Exporteurs und des Importeurs (indirekte Garantie) zusätzlich eine in einem **Drittland** - gerade in der Schweiz - domizilierte Bank einzuschalten. Denn der Schutz vor solchen Eingriffen ist nur gewährleistet, wenn die garantierende Bank nicht auch ihrerseits den Restriktionen unterworfen ist (30). Eine solche **Tendenz** ist aber nach den Beobachtungen des Verfassers (31) **nicht auszumachen**, obwohl die am internationalen Handel Beteiligten jeweils prompt auf solche Risiken reagieren.

Auch der Umstand, dass insbesondere **staatliche Importeure** indirekte Bankgarantien verlangen (32), dass gerade aber in solchen typischen Staats-Importländern regelmässig auch die Zweitbank ein Staatsbetrieb ist, weckt **Zweifel** an der Intention der Beteiligten, solche Risiken abzudecken. Unter Privatrechtssubjekten mag es zwar sinnvoll sein, dass der (privatrechtliche) Importeur solche Risiken auf die Zweitbank abwälzt. Hingegen ist nicht recht einzusehen, wozu eine solche Risikoabwälzung innerhalb von Staatsbetrieben dienen soll: Die Bankgarantie könnte wohl vom Endbegünstigten bei der Zweitbank

(30) Kleiner S. 73.

(31) Auffassung bestätigt durch Auskünfte von involvierten Bankfachleuten.

(32) Dohm N 48.

in Anspruch genommen werden, die Zweitbank ihrerseits aber keinen Aufwendungsersatz von der Erstbank erhalten, weil der Erstbank zufolge der wirtschaftsrechtlichen Massnahmen ihres Domizillandes die Zahlung verboten ist. Dieses **Risiko verbleibt** damit allemal **beim Importland**.

Aber auch der private Begünstigte wird sich eine indirekte Bankgarantie regelmässig vorab deshalb ausbedingen, weil er davon ausgeht, die (Haus-)Bank des Exporteurs würde es sich eher erlauben, im Zweifelsfalle ihm, dem Begünstigten, Zahlung zu verweigern, als einer Korrespondenzbank, mit welcher der Geschäftsverkehr den strengen **Usanzen des Interbankenverkehrs** unterworfen ist. Wenn zudem die Solvenz des Auftraggebers konkret gefährdet ist, wird der Begünstigte allenfalls auch mit dem (untauglichen (33)) Versuch der Bank rechnen, sich vom Auftraggeber Ansprüche aus dem Grundverhältnis abtreten zu lassen, um gestützt darauf die Auszahlung zu verweigern. Im Verhältnis zur Zweitbank hingegen ist er diesem Risiko zum vorneherein nicht ausgesetzt.

Schliesslich gefährden Devisentransferbeschränkungen - ausser wenn eine Zahlung durch eine Zahlungsgarantie abgesichert wird (34) - selten die Hauptleistung, sondern vorab **Ansprüche aus der Sicherungsverpflichtung** selbst. Damit aber ist die Ebene der verbundenen Erfolgsszusage, der zwischenparteilichen Risikozuweisung im Grundverhältnis verlassen. Die Selbständigkeit dient bezüglich wirtschaftsrechtlicher Eingriffe nichts anderem als der **sofortigen Realisierbarkeit** der Sicherheit, worauf im nachfolgenden § 6 eingegangen wird.

(33) Im einzelnen dazu von Caemmerer S. 303 f m.w.N.

(34) Im einzelnen dazu von Marschall S. 27 ff.

3. Art des abgesicherten Grundverhältnisses

Auch dieses spricht häufig **gegen** eine verbundene Erfolgsszusage. So bleibt namentlich bei der Absicherung öffentlich-rechtlicher Verhältnisse durch eine selbständige Bankgarantie schwer vorstellbar, inwieweit damit ein irgendwie qualifizierter Erfolg abgesichert sein soll.

IV. Erfolgssicherungsgarantie und typische Bankgarantie

Der Garantievertrag i.e.S. und die verbundene Erfolgsszusage stellen einen Erfolg sicher. Der Promittent steht für diesen ein, insbesondere ohne seine Verpflichtung davon abhängig zu machen, aufgrund welcher Leistungshindernisse der Erfolg ausgeblieben ist. **Allein das Ausbleiben** des versprochenen Erfolges (der versprochenen Leistung) stellt seine Verpflichtung zahlbar.

Der letzte Satz muss aber auch von der anderen Seite her verstanden werden: allein das Ausbleiben des Erfolgs lässt die Leistungspflicht des Promittenten aktuell werden. Ist hingegen die abgesicherte Leistung erbracht worden, so hat sich das vom Promittenten übernommene Risiko nicht verwirklicht. Diesfalls schuldet er dem Begünstigten nichts und kann einer Inanspruchnahme die **Einwendung** entgegenhalten, der **Erfolg** sei **eingetreten**.

Käme es dem "durchschnittlichen" Begünstigten einer Bankgarantie ausschliesslich auf eine solche Risikoübernahme an, könnte das Leistungsversprechen der Bank etwa wie folgt lauten:

"Wie wir vernehmen, hat Ihnen die Firma X bis zum ... die Leistung Y zu erbringen. Diese Leistung ist durch eine Bankgarantie abzusichern, wobei verstanden ist, dass Ihr Schadenersatzanspruch (Variante: Ihr Anspruch auf die Garantiesumme) allein durch die Tatsache zur Entstehung gelangt,

dass Sie die Leistung Y, aus welchen Gründen auch immer, bis zum obigen Datum nicht erhalten haben. Dies vorausgesetzt, verpflichten wir uns, Ihnen bis zu Fr. ... zu bezahlen, falls feststeht, dass die Firma X die Leistung Y bis zum ... nicht erbracht hat. Wir verpflichten uns dabei als Garant in dem Sinne, dass unsere Verpflichtung unabhängig von einer allfälligen Leistungspflicht der Firma X ist, womit wir auf sämtliche Einwendungen und Einreden verzichten, die die Firma X ihrerseits gegen Ihren Leistungsanspruch geltendmachen könnte."

Es ist offensichtlich, dass ein solches Leistungsversprechen mit einer **verkehrstypischen Bankgarantie**, unter welcher die Bank dem Begünstigten auf dessen erstes Anfordern hin Zahlung verspricht, "ohne den Nachweis für die Berechtigung der Inanspruchnahme zu verlangen und ohne jede Einwendung zu erheben" (35), **wenig zu tun** hat. Und jeder Praktiker wird bestätigen, dass ein Begünstigter, der eine Bankgarantie erwartet und sich über die Tragweite der erhaltenen Sicherheit Rechenschaft ablegt, ein solches Leistungsversprechen **nicht akzeptieren** wird (36).

Damit kann aber auch das Charakteristikum der Bankgarantie zumindest **nicht allein im Zweck** liegen, für den Begünstigten einen Erfolg abzusichern. Es wird deshalb im anschliessenden § 6 zu untersuchen sein, was die Beteiligten mit der qualifizierten Selbständigkeit der Bankgarantie erreichen wollen. Erst im Anschluss daran kann geklärt werden, ob die Erfolgs-sicherung für den Begünstigten einer verkehrstypischen Bankgarantie darüber hinaus auch **verzichtbar** ist.

(35) Dohm N 33.

(36) Eine solche Textgestaltung ist in der Praxis auch kaum je anzutreffen (gemäss Kleiner S. 144 "immer seltener"). - Dieses Textmuster ist denn auch vom Verfasser konstruiert worden, im Unterschied zu allen anderen in dieser Untersuchung, die - selten leicht abgewandelt - aus der Praxis und dem Schrifttum stammen. - Vgl. aber immerhin die Mustertexte von Schinnerer/Avancini.

§ 6

DIE BANKGARANTIE ALS LEICHT ZU REALISIERENDE SICHERHEIT

Die stereotypisierte Verpflichtung, die Hauptgegenstand dieser Untersuchung ist, wird heute allgemein als "**Bankgarantie auf erstes Anfordern**" (garantie à première demande; first demand guarantee) bezeichnet. Das Schrifttum im Rechtskreis Deutschland/Oesterreich/Schweiz hat sich in den grundsätzlichen Ueberlegungen um Zweck und Funktionsweise der Bankgarantie weitgehend auf das eine Begriffselement konzentriert: auf die **Garantie**. Auch wenn man sich dabei stets im klaren war, wie vieldeutig "Garantie" im Rechtsverkehr verwendet wird (1), wurde eine **Erfolgssicherungsgarantie** auch der Bankgarantie als deren typischer Zweck unterstellt.

Im voranstehenden § 4 wird jedoch nachgewiesen, dass bei der Bankgarantie ein Garantievertrag i.e.S. nicht anzunehmen ist. § 5 führt weiter aus, dass sich die verkehrstypische Ausgestaltung der Bankgarantie auch nicht mit einer verbundenen Erfolgssusage im Grundverhältnis erklären lässt; offengelassen wurde, ob eine solche Erfolgssicherung für den "durchschnittlichen" Begünstigten gar verzichtbar ist. Dem Begriffselement der "Garantie" kann damit nicht viel mehr Bedeutung entnommen werden, als dass es sich bei der Bankgarantie um ein **Sicherungsgeschäft** handelt. Im folgenden soll nun das Augenmerk auf den anderen Bestandteil des Begriffes, auf die Formel "auf erstes Anfordern" gerichtet werden, um ihn anschliessend dem Begriffsbestandteil "Garantie" gegenüberzustellen.

(1) Statt aller von Westphalen S. 52.

I. Die verkehrstypische Formel "auf erstes Anfordern"

Zwar ist umstritten, welche Bedeutung dieser Formel als einzelndem Textelement eines konkreten Leistungsversprechens zuzubilligen ist (2). Trotzdem bringt sie Entscheidendes für die Funktionsweise der Bankgarantie zum Ausdruck: Die Bank verpflichtet sich, auf erstes Anfordern zu zahlen; damit kann sie der Begünstigte durch blosser Aufforderung sofort in Anspruch nehmen. Die Bank kann nur dann auf erstes Anfordern Zahlung leisten, wenn sie auf eine Ueberprüfung der materiellen Berechtigung der Inanspruchnahme verzichtet (3). Der Verzicht auf Einwendungen aus dem abgesicherten Sachverhalt steht somit im Dienste des Anspruches des Begünstigten, auf erstes Anfordern Zahlung von der Bank zu erhalten. Beides bewirkt, dass der Begünstigte **sofort und ohne einen Nachweis** der Nicht- oder Schlechterfüllung durch den Auftraggeber auf die Sicherheit Zugriff nehmen kann (4).

Das Bedürfnis nach der damit geschaffenen "denkbar stärksten Rechtsposition" (5) zur Durchsetzung eines Anspruches ist grundsätzlich **unabhängig vom Gegenstand dieses Anspruches**. Auch die Erleichterung, die etwa ein Wechsel oder ein abstraktes Schuldbekenntnis verschafft, hängt nicht vom Entstehungsgrund der zugrundeliegenden Schuld ab. Zunächst abgesehen von Schranken, die die positive Rechtsordnung allenfalls für die Art aufgestellt hat, wie gewisse Risiken abgesichert werden können (vgl. Art. 492 Abs. 4 OR), gilt im Grundsatz, dass der Risikobedrohte ein Interesse an einer **möglichst starken Rechtsposition** gegenüber dem Sicherungspflichtigen hat, und

(2) Vgl. den Ueberblick über die kontroversen Meinungen bei Koziol S. 11 f; im einzelnen auch hinten S. 178.

(3) Kleiner S. 53.

(4) Statt vieler Schütze RIW/AWD 1981 S. 85.

(5) Horn NJW 1980 S. 2153.

zwar unabhängig davon, welches Risiko dieser ihm abgenommen hat.

Die Verpflichtung der Bank verschafft dem Begünstigten den Anspruch, von ihr auf erstes Anfordern, i.d.R. gegen Abgabe einer festgelegten Erklärung, eine Geldzahlung zu erhalten. Mit der Einreichung dieser Erklärung hat der Begünstigte die Inhaltsbedingungen des Leistungsversprechens der Bank erfüllt; nach fast einhelliger Meinung (6) ist deshalb die **Zahlung der Bank** grundsätzlich **definitiv**, weil im Text einer Bankgarantie keine Elemente auszumachen sind, die für eine Vorläufigkeit der Zahlung sprechen würden.

Zu Recht führt aber Horn (7) aus, es sei "ein generelles Problem aller 'abstrakten' Ansprüche (...) festzulegen, an welcher Stelle sich die Frage der endgültigen materiellen Berechtigung durchsetzen soll". Deshalb sei "die Frage der **endgültigen Vermögenszuweisung** (...) nicht eliminierbar" (8). Allein die Rechtsmacht, ohne Nachweis der materiellen Berechtigung von der Bank Zahlung zu erhalten, begründet noch nicht diese materielle Berechtigung auf die Garantiesumme.

(6) Nachweise bei von Westphalen S. 184 ff.

(7) Horn NJW 1980 S. 2159.

(8) Zu Unrecht ablehnend von Westphalen S. 85, der offensichtlich übersieht, dass sich soweit die Ausführungen von Horn nicht auf das Verhältnis Begünstigter-Bank beziehen, sondern auf das Verhältnis Begünstigter-Sicherungsgeber (= Hauptschuldner; vgl. Horn a.a.O. Ziff. 2 a.E.). - Ebensowenig wird "mit allen überlieferten Prinzipien der abstrakten Bankgarantie" gebrochen (von Westphalen S. 80), wenn Horn (a.a.O. Ziff. 3) dafür plädiert, dass in Zukunft vermehrt Sicherungsverpflichtungen vereinbart werden sollten, die Zahlung daraus von der Stellung einer Rückforderungsgarantie abhängig machen; zweifelhaft ist höchstens, ob sich die Praxis in diese Richtung beeinflussen lässt. - Zuzustimmen ist hingegen von Westphalens Bedenken gegen das Postulat von Horn (a.a.O. Ziff 3. a.E.), die Gerichte sollten zur Bewältigung der Missbrauchsproblematik auch bei verkehrstypischen Bankgarantien "in bestimmten Fällen Formen vorläufiger Zahlung" (im Verhältnis Bank - Begünstigter) "in Betracht ziehen".

Die sofortige Realisierbarkeit der Sicherheit ohne einen Nachweis der materiellen Berechtigung der Inanspruchnahme führt in diesem Sinne zu einer **Umkehr der Parteirollen** in einer allfälligen Auseinandersetzung über Leistungsstörungen im Grundverhältnis: Nicht der Gläubiger muss seinen Anspruch aus Leistungsstörung allenfalls auf dem Rechtsweg durchsetzen, sondern der Schuldner muss - wiederum allenfalls klageweise - eine unter der Bankgarantie erfolgte Zahlung zurückfordern, wenn er der Auffassung ist, er hätte die Leistungsstörung nicht zu vertreten gehabt (9).

Für die Absicherung zahlreicher Rechtsverhältnisse mag diese Funktionsweise von untergeordneter Bedeutung sein, etwa wenn in einem reinen Inlandgeschäft die Zahlung des Kaufpreises abzusichern ist. Je komplexer aber die Abwicklung eines Geschäftes in sachlicher und/oder rechtlicher Hinsicht ist (10), desto mehr gewinnt das **"Risiko des prozessualen Bestreitens"** (11) an Bedeutung, weil in solchen Verhältnissen auch Auseinandersetzungen über Leistungsstörungen komplex und langwierig zu werden drohen. Dies gilt namentlich für Exportkontrakte und insbesondere, wenn solche ganze Pakete von Produkten und Dienstleistungen, etwa schlüsselfertige Anlagen zum Gegenstand haben (12). Zu beachten bleibt, dass die Funktionsweise der Bankgarantie dieses Risiko des prozessualen Bestreitens nicht etwa schafft, sondern dieses einem solchen Rechtsverhältnis inhärent ist und lediglich **umverteilt** wird.

Eine solche Umkehr der Parteirollen lässt sich aber nur dadurch erreichen, dass der Sicherungsbegünstigte ohne einen Nachweis der materiellen Berechtigung die Sicherheit in An-

(9) Roesle S. 14 m.w.N.

(10) Vgl. Schinnerer/Avancini II S. 288.

(11) Von Caemmerer S. 299.

(12) Vgl. Dohm N 2 f, Costet FEDUCI Garanties S. 107 ff.

spruch nehmen kann. Eine solche Rechtsmacht wiederum kann dem Begünstigten nur beschafft werden, wenn die Sicherheit **vom abzusichernden Sachverhalt unabhängig** gestaltet ist. Denn im Unterschied dazu suchen die traditionellen Sicherungsinstrumente durch die Akzessorietät gerade, den Zugriff auf sie nur zu gewährleisten, wenn der Anspruch ausgewiesen ist. Die Selbständigkeit der Bankgarantie lässt sich somit durch diese Funktionsweise vollumfänglich erklären.

II. "Auf erstes Anfordern" und "Garantie"

1. Grundsätzliches

Mit der Verpflichtung aus einer Bankgarantie auf erstes Anfordern übernimmt die Bank das Insolvenzrisiko des Hauptschuldners und führt durch ihre Zahlung dem Begünstigten aus dem Vermögen des Hauptschuldners eine Geldsumme zu, wenn der Begünstigte die Verantwortlichkeit des letzteren für eine Leistungsstörung im Grundverhältnis durch bloße Behauptung geltend macht. Abzuklären bleibt nun, ob sich mit diesen beiden völlig unbestrittenen (13) Effekten der Bankgarantie - der **Entlastung** des Begünstigten vom **Risiko der Insolvenz** des Hauptschuldners und vom **Risiko des prozessualen Bestreitens** - der typische Zweck und die charakteristische Funktionsweise der Bankgarantie bereits erschöpft, oder ob dem **Begriffselement "Garantie"** als Ausdruck einer allenfalls im Umfang näher zu definierenden Erfolgssicherung **zusätzlich Bedeutung** zukommt.

Als Indiz für letzteres mag zunächst die "denkbar stärkste Rechtsposition" des Begünstigten aufgefasst werden. Der pro-

(13) Vgl. die Nachweise vorne S. 41 und 50 f.

blemlose Zugriff auf die Garantiesumme erlaubt dem Begünstigten in der Tat, jede Vermögenseinbusse auszugleichen, die ihm jede nur denkbare Leistungsstörung verursachen kann. Ebenso wenig spricht - wie bereits erwähnt - etwas dagegen, dass im Einzelfall eine Bankgarantie eine verbundene Erfolgszusage ihres Auftraggebers gegenüber dem Begünstigten absichern kann (14). Entscheidend ist aber, ob allein die Absicherung des Rechtsverhältnisses durch eine Bankgarantie eine (gar unwiderlegbare) **Vermutung** oder zumindest ein **Indiz** für eine solche zwischenparteiliche Risikozuweisung schafft, oder ob sich solches nur aus einer Auslegung des konkreten Grundverhältnisses herleiten lässt, die der Tatsache, dass eine Bankgarantie auf erstes Anfordern im Spiele steht, für diese Frage keine wesentliche Bedeutung zumisst.

Unbestritten ist zunächst, dass diese "denkbar stärkste Rechtsposition" vom Begünstigten **nicht zu allen möglichen Zwecken** ausgenutzt werden darf. Rechtsmissbräuchlich ist etwa das "Abkassieren" einer Bankgarantie, wenn gar keine Leistungsstörung im Grundverhältnis eingetreten ist, ihre Verwendung als "Lizenz zum Geldddrucken" (15). Unzulässig ist der Zugriff auf die Bankgarantie auch, um eine Vermögenseinbusse aus einem anderen als dem konkret abgesicherten Rechtsverhältnis mit dem Auftraggeber auszugleichen, auch wenn dem Begünstigten aus dem anderen, nicht abgesicherten Rechtsverhältnis ein Schadenersatzanspruch entstanden ist (16).

Aber auch **nicht jede Leistungsstörung** im abgesicherten Grundverhältnis begründet zum vorneherein einen Anspruch auf die Garantiesumme (17). So darf der Begünstigte nicht gleich-

(14) Oder gar einen Garantievertrag i.e.S., vgl. vorne S. 65.

(15) Von Westphalen S. 78.

(16) Schinnerer Bank-Archiv 1978 S. 51 f.

(17) Vgl. Mülbart ZIP 1985 S. 1104.

zeitig die Annahme der grundvertraglichen Leistung verweigern und die Bankgarantie in Anspruch nehmen (18). In anderen Sachlagen ist die Berechtigung allerdings umstritten: Während etwa manche Autoren die Haftung aus der Bankgarantie für alle nichttypischen Zufälle betonen (19), wird auch vertreten, der Bank stehe in gewissen Fällen höherer Gewalt gar ein Zahlungsverweigerungsrecht zu (20). Oder der Auffassung, die Bankgarantie schütze den Begünstigten vor dem Risiko, dass die Verbindlichkeit des Hauptschuldners nicht zustandekommt oder später wegfällt (21), steht die Ansicht gegenüber, der Begünstigte habe die Inanspruchnahme bei Mangelhaftigkeit des Grundverhältnisses zu unterlassen (22).

Aus den divergierenden Auffassungen ergibt sich immerhin eines: die Bankgarantie verschafft dem Begünstigten eine Rechtsstellung mit **überschiessender Rechtsmacht** (23), wie diese etwa auch bei den fiduziarischen Rechtsgeschäften auszu-machen ist (24). Der Auftraggeber nimmt dabei - als Teil sei-

-
- (18) Schinnerer/Avancini II S. 317. - Ähnlich die Rechtslage, wenn das Grundverhältnis sittenwidrig ist, Dohm N 227.
- (19) Z.B. Roesle S. 12, Dohm N 71.
- (20) Hein S. 132; zutreffend aber die Gegenmeinung von Schönle SJZ 79 (1983) S. 60 N 53. - Die ablehnende Stellungnahme Schönles bezieht sich aber - wiederum zu Recht - lediglich auf das Recht zur Zahlungsverweigerung und nicht auf die Frage des rechtlichen Dürfens des Begünstigten.
- (21) Schinnerer/Avancini II S. 317, Roesle S. 12, Dohm N 228.
- (22) Schönle SJZ 79 (1983) S. 59, aber auch Dohm N 118.
- (23) BGE 71 II 99.
- (24) Vgl. den berühmten Aufsatz von Ferdinand Regelsberger in AcP 63 (1880), dessen Definition des fiduziarischen Rechtsgeschäftes auf S. 172 auch in Bezug auf die Bankgarantie zutrifft. - Dass rechtshistorisch die Bankgarantie das Bardepot abgelöst hat, zeigt besonders deutlich die Nähe zu den fiduziarischen Sicherungs-(Verfügungs-)Geschäften, die ihrerseits etwa anstelle einer Faustpfandbestellung vereinbart werden.

nes vertraglichen Gesamtrisikos (25) - auch in Kauf, dass diese überschüssende Rechtsmacht vereinbarungswidrig ausgenützt wird.

Das Problem der überschüssenden Rechtsmacht, die dem Begünstigten mit einer Bankgarantie eingeräumt wird, hat insbesondere in Zusammenhang mit der **Missbrauchsproblematik** selbstständiger Bankgarantien Eingang in das Schrifttum gefunden. Wegen des generellen Verbotes des Rechtsmissbrauchs, das in der Schweiz in Art. 2 ZGB Ausdruck gefunden hat, ist die Bank berechtigt und im Verhältnis zu ihrem Auftraggeber verpflichtet, die Auszahlung zu verweigern, wenn der Rechtsmissbrauch des Begünstigten "in die Augen springt" (26). Die Voraussetzungen für eine solche Zahlungsverweigerung werden allerdings zu Recht sehr streng definiert (27).

Hingegen lassen die diesbezüglichen Argumentationen der Autoren auch den Umkehrschluss zu, dass der Begünstigte seine Rechtsposition nicht nur dann unrechtmässig ausnützt, wenn die Bank die Auszahlung verweigern kann, wenn also "der Begünstigte ... unter keinem vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Gesichtspunkt berechtigt sein kann, die Bankgarantie abzuberufen" (28). Auch ohne dieses qualifizierende Element (29) kann die **Inanspruchnahme als unberechtigt** erscheinen (30). Auch diesfalls ist der Begünstigte in seinem Verhältnis zum Auftraggeber verpflichtet, eine Inanspruchnahme zu unterlassen, obwohl ihm die Bank die Auszahlung nicht verweigern könnte.

(25) Von Westphalen S. 40 m.w.N.

(26) Dohm N 234 (Formel aus der französischen Lehre).

(27) Einzelheiten bei Dohm N 225 ff.

(28) Dohm N 241.

(29) Von eigentlich rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme von Bankgarantien wird - sinnvoll - nur gesprochen, wenn die Bank die Auszahlung verweigern kann und muss, vgl. Schönle SJZ 79 (1983) S. 74.

(30) Dohm N 229.

Wenn sich Überdies die Unterlassungspflicht auch aus einer ausdrücklichen **Vereinbarung im Grundverhältnis** ergeben kann (31), muss sich eine solche vertragliche Einschränkung des rechtlichen Dürfens des Begünstigten auf eine weitergehende als die von Art. 2 ZGB ohnehin gebotene beziehen, da ansonsten die Vereinbarung ganz und gar überflüssig wäre. Es ist aber auch grundsätzlich nicht einzusehen, warum und inwiefern die "denkbar stärkste Rechtsposition" des Begünstigten, die Sicherheit abzubringen, die Parteien des Grundverhältnisses irgendwie in der Möglichkeit einschränken soll, das rechtliche **Dürfen** des Begünstigten **restriktiv zu definieren**, d.h. damit die zwischenparteiliche Risikozuweisung (32) nach ihrem Gutdünken vorzunehmen.

Wenn nun etwa behauptet wird, mit der Bankgarantie werde dem Begünstigten generell die Leistung als Resultat abgesichert (33), so ist dem entgegenzuhalten, dass kein vernünftiger Grund gegen die Möglichkeit spricht, die Parteien des Grundverhältnisses hätten **anderes vereinbart**: etwa, die Bankgarantie dürfe nur in Anspruch genommen werden, wenn der Grundvertrag nach Massgabe von Art. 68 ff OR nicht gehörig erfüllt wurde. Denn die Selbständigkeit der Bankgarantie findet genügend Erklärung in der Absicht, eine sofort realisierbare Sicherheit zu schaffen; sie bedarf nicht wie namentlich der Garantievertrag i.e.S. darüber hinaus der Rechtfertigung, dass sich eine nichtgeschuldete Leistung nur mittels einer selbständigen Personalsicherheit absichern lässt (34).

(31) Schönle SJZ 79 (1983) S. 57.

(32) Dass es sich um eine zwischenparteiliche Risikozuweisung im Grundverhältnis handeln muss, ergibt sich daraus, dass die Bank auf jeden Fall nur das Insolvenzrisiko ihres Auftraggebers übernimmt.

(33) So z.B. Roesle S. 29.

(34) Vgl. von Caemmerer S. 301: "Abstraktheit oder Selbständigkeit einer Verbindlichkeit bedeutet eben je nach Zweck und Interessenlage sehr Verschiedenes".

Immerhin ist aber abzuklären, ob irgendwie eine **Vermutung** zugunsten einer bestimmten, **typischen Risikozuweisung** anzunehmen ist, wenn die Parteien des Grundverhältnisses die Beschaffung einer Bankgarantie vereinbaren. Ein beachtlicher Teil der Lehre scheint dies zu unterstellen, indem der Bankgarantie neben ihrer sofortigen Realisierbarkeit eine Erfolgssicherungsfunktion zugesprochen wird. Es ist deshalb zu untersuchen, ob sich diese Hypothese in den Texten typischer Bankgarantien oder in den mutmasslichen weiteren Umständen von Geschäften bestätigen lässt, die üblicherweise durch eine Bankgarantie abgesichert werden.

2. Hinweise im Text des Leistungsversprechens auf die zwischenparteiliche Risikozuweisung

Die sofortige Realisierbarkeit der Sicherheit bleibt nur gewährleistet, wenn die Bank auf erstes Anfordern und ohne Prüfung der materiellen Berechtigung der Inanspruchnahme Zahlung leistet. Die damit geschaffene **Rechtsmacht** des Begünstigten kann deshalb **nicht beschnitten** werden, auch wenn das Grundverhältnis die mit der Bankgarantie dem Begünstigten abgesicherten Risiken und damit sein **rechtliches Dürfen** einschränkend definieren sollte. Unzulässig wäre allerdings anzunehmen, der Begünstigte akzeptiere solche Beschränkungen seines rechtlichen Dürfens lediglich, weil er es wegen der rigiden Verpflichtung aus der Bankgarantie in der Hand habe, die Sicherheit gleichwohl, d.h. auch vereinbarungswidrig in Anspruch zu nehmen. Der **von allen Beteiligten vorausgesetzte Zweck** und die vorausgesetzte Funktionsweise können nur ermittelt werden, wenn unterstellt wird, dass sich alle Beteiligten **korrekt** verhalten.

Eine Bankgarantie enthält nun neben dem verpflichtenden "Tenor" (35) regelmässig Hinweise auf den abzusichernden Sach-

(35) Zu den Begriffen Dohm N 57 f.

verhalt, nämlich in der Präambel (35) und in einer vom Begünstigten zur Inanspruchnahme einzureichenden Erklärung. Zunächst sind diese auf allfällige Hinweise auf eine qualifizierte Risikoübernahme zu untersuchen. Anschliessend sollen auch die weiteren Textelemente einer Bankgarantie in die Prüfung einbezogen werden.

a) Hinweise in der Präambel

Ein Blick in die Mustertexte zahlreicher Autoren (36) hinterlässt beim unbefangenen Leser, der keine "juristische Theorie" zu verteidigen braucht, unbestreitbar den Eindruck, es seien mit der Bankgarantie **die üblichen Ansprüche** aus dem Grundverhältnis abzusichern. In einer Präambel wie

"Sie haben am ... mit der Firma ... einen Vertrag Nr. ... für die Lieferung von ... zum Preise von ... abgeschlossen. Diese Lieferung soll durch eine Bankgarantie sichergestellt werden" (37)

ist ein Hinweis, es sei für einen Erfolg, gar für eine nichtgeschuldete Leistung einzustehen, mit dem besten Willen nicht auszumachen.

Aber auch bei der Sichtung "unzulänglicher Vertragstexte des täglichen Geschäftsverkehrs" (38) hatte der Verfasser nie begründeten Anlass anzunehmen, der Hinweis auf einen Grundvertrag oder die Beschreibung von dessen Leistungsgegenstand in der Präambel enthalte irgendwie einen Hinweis auf abzusichernde Ansprüche, die über das hinausgehen sollen, was etwa ein Verkäufer, ein Werkunternehmer usw. **üblicherweise aus solchen Verträgen** schuldet (39).

(36) Vgl. etwa Schinnerer/Avancini III, Kleiner, von Westphalen, Dohm, je im Anhang.

(37) Mustertext Kleiner S. 173.

(38) Kleiner S. 15 (Wortfolge vom Verfasser umgestellt).

(39) Was allerdings nicht heissen soll, "solche Verträge", etwa über die Erstellung schlüsselfertiger industrieller

Dies gilt sogar, wenn in der Beschreibung des Grundverhältnisses in der Präambel auch **Verpflichtungen aus Leistungsstörungen** beschrieben werden, wie z.B.

"Gemäss Art. 5 des Vertrages ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die im Art. 5 des Vertrages angegebene Pönale zu zahlen, für den Fall, dass der Verkäufer die Lieferung der Maschinen, Apparate, Ausrüstungen oder der technischen Dokumentation verzögert. Die Berechnungs- und Zahlungsmethode ist im Vertrag Art. 5 des Vertrages abgestimmt." (sic!)

oder gar

"... wenn die Firma X ihre Verpflichtungen laut Vertrag wegen Fällen höherer Gewalt, die mehr als 6 Monate dauern, nicht erfüllt hat und Sie von Ihrem Recht laut § 14 des Vertrages (Höhere Gewalt) den Vertrag zu annullieren Gebrauch machen."

In beiden Beispielen aus der Praxis ist zwar offensichtlich von der Möglichkeit Gebrauch gemacht worden, die Folgen von Leistungsstörungen **abweichend von der dispositiven gesetzlichen Ordnung** zu regeln. Nichts spricht aber dafür, dass diese Vereinbarung wesentlich davon beeinflusst ist, dass das Rechtsverhältnis durch eine Bankgarantie abgesichert ist. Und erst recht kann gerade beim zweiten Beispiel von einem Entstehen für den Erfolg unbekümmert aller äusserer Einflüsse (höhere Gewalt !) keine Rede sein.

b) Hinweise in der einzureichenden Bestätigung

Soweit die vom Begünstigten für die Inanspruchnahme verlangte Bestätigung überhaupt einen substantiellen Hinweis auf die Be-

Anlagen, die regelmässig durch Bankgarantien abgesichert werden, würden nicht ihrerseits die Verpflichtung des Exporteurs in einer Art definieren, die weit über die reine Lieferung hinausgeht und auch ein Entstehen für richtige und den Verhältnissen des Importlandes angepasste Konzeption beinhaltet. Vgl. dazu die aufschlussreichen Ausführungen von Costet FEDUCI Garanties S. 107 ff.

stimmung der Sicherheit enthält (40), gilt Ähnliches wie für die Präambel: es wird in der Mehrzahl der Fälle ausdrücklich auf die **Verletzung von vertraglichen Verpflichtungen** hingewiesen (41); auf die Leistung selbst vorab in zahlungssichernden Bankgarantien, wo die Leistung einfach zu umschreiben ist, aber auch Einwendungen gegen die Leistungspflicht selten möglich sind (42).

Inzwischen dürfte Einigkeit darüber bestehen, dass ein Leistungsversprechen "auf erstes Anfordern ... gegen Ihre schriftliche Bestätigung ..." als **typische**, selbständige und sofort realisierbare **Bankgarantie** zu gelten hat, gleichviel ob diese Bestätigung nun die **Leistung** oder die **Leistungspflicht** zum Gegenstand hat (43).

Trotzdem wird namentlich im schweizerischen Schrifttum überwiegend die These vertreten, die Bezugnahme auf die Schuldspflicht spreche für eine akzessorische Sicherung, für eine selbständige Bankgarantie hingegen, wenn der Wortlaut des Leistungsversprechens den Leistungsinhalt ausdrücklich umreisse (44). Offensichtlich wird davon ausgegangen, die **Selbständigkeit** der Sicherungsverpflichtung könne auf **verschiedene Weise klargestellt** werden: neben den verkehrstypischen Formeln, die die Liquidität der Sicherung gewährleisten, eben auch durch die Umschreibung der objektiv feststellbaren Leistung, womit zum Ausdruck gebracht werde, dass diese und nicht die Schuldpflicht Sicherungsgegenstand sei.

(40) Anders etwa die Bestätigung, "dass der verlangte Betrag fällig ist".

(41) Vgl. die Mustertexte von Westphalens und Dohms; anders die Mustertexte von Kleiner und Schinnerer/Avancini, je im Anhang.

(42) Reichwein SJZ 52 (1956) S. 377.

(43) So namentlich auch Kleiner S. 55 aaa).

(44) Kleiner S. 44 und die vorne S. 41 in N 4 Zitierten, neuerdings Kleiner SAG 1986 S. 131.

Dies weckt allerdings **Bedenken**: der sicherungsbelastete Exporteur geht regelmässig davon aus, die vertragliche Leistung erbringen zu können (45). In dem Stadium der Geschäftsbeziehung zum Begünstigten, in welchem die Bankgarantie abgefasst wird, macht für ihn "Leistung" und "Leistungspflicht" **keinen grossen Unterschied**. Auf jeden Fall ist wenig wahrscheinlich, dass der Auftraggeber seine grundvertragliche Leistungs- oder Ersatzleistungspflicht irgendwie verschärft sieht, nur weil in der Bankgarantie von der "Lieferung der Maschine X" statt von den "Verpflichtungen des Vertrages betr. Lieferung der Maschine X" die Rede ist.

Wenn zudem beklagt wird, "wie tief die **Unkenntnis des Wesens der Garantie** geht" (46), die die Leistung sichere und nicht wie die Bürgschaft die Schuldpflicht, erscheint doch fragwürdig, gleichzeitig zu unterstellen, mit der Aushandlung von Exportkontrakten betraute Praktiker würden (und müssten) sich über eine allfällige Tragweite solcher Nuancen Rechenschaft ablegen.

Zwar mag in dieser oder jener Bankgarantie auch ausdrücklich auf die Leistung Bezug genommen sein, um damit die **Selbstständigkeit** der Sicherungsverpflichtung **klarzustellen**. Es muss jedoch davon ausgegangen werden, dass dies vorab geschieht, weil nun einmal von einigen Autoren dieses Erfordernis aufgestellt ist (47). In Wirklichkeit aber ist das Sicherungsinstrument der Bankgarantie als selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft (48) in Verhandlungen zwischen Importeuren und Exporteuren und nicht aus einer dogmatischen Auseinandersetzung mit dem Verhältnis Bürgschaft - Garantievertrag entstan-

(45) Schinnerer Bank-Archiv 1972 S. 441.

(46) Kleiner S. 35 N 84.

(47) So besonders deutlich Huber S. 53.

(48) Dohm N 68.

den. Der Praktiker legt sich Rechenschaft darüber ab, dass er keine Einwendungen gegen die Inanspruchnahme der Bankgarantie erheben kann bzw. gewärtigen muss. Aus dem Wortlaut einer Bankgarantie darüber hinaus eine Erfolgssicherung herauszulesen, bedarf hingegen eines **"dogmatischen Vorverständnisses"**, das dem Praktiker in guten Treuen **nicht unterstellt** werden kann.

Für die hier vertretene Auffassung spricht die Häufigkeit, mit welcher Bestätigungen in handelsüblichen Bankgarantien auf erstes Anfordern Bezug auf Verpflichtungen im Grundverhältnis und nicht auf den Leistungsgegenstand nehmen, ohne dass dies ihrer typischen Funktionsweise Abbruch tut. Wenn nun aber keine Rolle spielt, ob zur Inanspruchnahme einer **typischen Bankgarantie** die Nichterfüllung einer Schuldspflicht oder die Nichterbringung einer Leistung zu bestätigen ist, vermag nicht zu überzeugen, dass eine entsprechende Differenzierung in der **Auslegung widersprüchlicher Leistungsversprechen** (49) wiederum Bedeutung haben soll. Auch wenn etwa ein solches nur in Anspruch genommen werden kann, **falls** sich im Grundverhältnis eine näher definierte Leistungsstörung abgespielt hat, macht es keinen wesentlichen Unterschied, ob das Leistungsversprechen diesbezüglich von Nichterfüllung oder Nichtleistung im Grundverhältnis spricht.

c) Geltungsbereich der rigoros verpflichtenden Klauseln einer Bankgarantie

Das Auffallende an einer Bankgarantie ist die "mit kaum zu überbietender Deutlichkeit" (50) zum Ausdruck gebrachte Loslösung der Sicherungsverpflichtung vom abgesicherten Sachverhalt

(49) Gemeint sind solche, die sich nicht zum vorneherein der Bankgarantie oder der Bankbürgschaft zuordnen lassen, vgl. hinten S. 156 ff.

(50) Koziol S. 10.

und die Verpflichtung der Bank, sofort, "auf erstes Anfordern" Zahlung zu leisten. Das Kennzeichnende der Inanspruchnahme einer Bankgarantie ist deshalb **weder dass** eine Vermögensverschiebung zugunsten des Begünstigten und letztlich zulasten des Auftraggebers **noch warum** sie stattfindet, sondern **wie**: nämlich die Zahlung einer Bank allein aufgrund einer Abberufung der Sicherheit durch den Begünstigten.

Aus allfälligen Bezugnahmen auf den abgesicherten Sachverhalt sowie aus der Sicherungsfunktion ("Garantie") ergibt sich lediglich, dass die Vermögensverschiebung offensichtlich in Zusammenhang mit einer Leistungsstörung erfolgt (51); im weiteren ist meist ersichtlich, dass - zumindest im Urteil des Begünstigten - der Auftraggeber seine vertraglichen Verpflichtungen nicht erfüllt hat. Es ist aber nicht zu erkennen, inwiefern die typischen Klauseln, die die Liquidität der Sicherung gewährleisten, für sich auch diese **grundvertraglichen Verpflichtungen** des Hauptschuldners in einem mit der **Rigorousität** der Verpflichtung der Bank **vergleichbaren** Sinn verschärfen sollen.

Dies gilt nicht nur für die beiden verkehrstypischen Formeln "auf erstes Anfordern" und "unter Verzicht auf Einwendungen" aus dem Grundverhältnis. Auch andere Klauseln können vernünftig kaum anders verstanden werden, wie etwa die folgenden:

"We (i.e. die Bank) agree that **your decision** whether any default has occurred or has been committed by the said group (i.e. der Auftraggeber) in the performance, observance or discharge of the guarantee aforesaid shall be **conclusive and binding upon us**";

(51) Gerade Zahlungsgarantien werden aber auch häufig zwecks ordnungsgemässer Erfüllung in Anspruch genommen. Die Stellung eines Akkreditives läge diesfalls näher; viele Zahlungsgläubiger scheuen aber die damit verbundenen oder vermeintlichen Formalitäten.

oder

"... upon receiving your (i.e. des Begünstigten) first written notice, according to your **absolute judgement of failure** in meeting the conditions of the abovementioned contract, thereby justifying such request as per this guarantee".

Es ist nicht anzunehmen, dass sich der Auftraggeber damit einem "absolute judgement" des Begünstigten unterwirft, ob er seine Hauptleistung grundvertragsgemäss erbracht hat. Vielmehr beschlägt eine solche Rechtsmacht, die Relevanz einer Leistungsstörung und die Verantwortlichkeit dafür **einseitig zu beurteilen**, offensichtlich nur das **Verhältnis Begünstigter - Bank**. Im Grundverhältnis hingegen muss sich der Begünstigte eine eingehende Prüfung der Leistungsstörung und der Verantwortlichkeit dafür gefallen lassen. Damit muss er aber auch gewärtigen, dass die auf erstes Anfordern abberufene Zahlung der Bank keine definitive Vermögenszuweisung darstellt.

Auch die Formulierung, dass die Bank Zahlung "ungeachtet der **Gültigkeit** und der Rechtswirkungen des eingangs erwähnten Vertrages" (52) verspricht, impliziert für sich noch keine Absicherung des Begünstigten vor dem Risiko des Nichtzustandekommens oder des Dahinfallens des Grundvertrages. Denn wiederum wird damit lediglich zum Ausdruck gebracht, dass die Bank nicht mit einer Berufung auf solche Mängel des Grundverhältnisses die **sofortige Realisierbarkeit** der Sicherheit **beeinträchtigen** kann (53). Einer solchen Klausel kann keine weitergehende Bedeutung zugemessen werden, weil - wie bereits in § 4 (54) nachgewiesen - eine Inanspruchnahme **nie** vereinbarungsgemäss erfolgen kann, wenn im Grundverhältnis im Wortsinn **keine Leistungspflicht** - auch (eventuell vorläufige) Ersatzleistungspflicht - (mehr) besteht.

(52) Mustertext Kleiner S. 173.

(53) Vgl. Schönle SJZ 79 (1983) S. 60.

(54) Vorne S. 60 ff.

3. Erfordernisse für die praktische Abwicklung durch die Bank

Wie in der Einleitung bereits angetönt ist und noch weiter auszuführen sein wird, können innerhalb der Leistungsversprechen einer Bank zwei **Grundtypen** unterschieden werden. Insbesondere im Inlandverkehr findet die **Bankbürgschaft** Verwendung, die - entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen - vom Begünstigten nur erfolgreich in Anspruch genommen werden kann, wenn nachgewiesen ist, dass der Hauptschuldner die Verantwortung für eine eingetretene Leistungsstörung trägt. Als **Bankgarantie** gilt demgegenüber ein Leistungsversprechen, das auf erstes Anfordern und ohne einen solchen Nachweis in Anspruch genommen werden kann. Der erste Grundtypus gilt als akzessorische, der zweite als selbständige Sicherheit.

"Selbständig", "abstrakt" meint nun im **praktischen Bankgeschäft** ausschliesslich ein Leistungsversprechen, das der Bank weder das Recht gibt noch die Verpflichtung aufbürdet, einen **Nachweis der materiellen Berechtigung** der Inanspruchnahme zu verlangen. Die dogmatische Abgrenzung zwischen akzessorischer und selbständiger Sicherungsverpflichtung mag man anders ziehen (55); für die "routinemässige", "bankmässige Abwicklung" (56) aber ist allein dieses Kriterium ausschlaggebend, ob die Bank von einer eigentlichen Bankgarantie oder von einem anderen Leistungsversprechen, meist von einer Bankbürgschaft, ausgeht.

Für die Bank ist die Möglichkeit, ein Leistungsversprechen als typische Bankgarantie abzuwickeln, durch **jeden materiellen Nachweis** in Frage gestellt. Es kommt für sie überhaupt nicht darauf an, ob sich diese Nachweispflicht auf die eigentliche Schuldpflicht bezieht ("falls der Vertrag nicht erfüllt worden ist") oder auf einen von einer Verantwortlichkeit unabhängigen Sachverhalt ("falls Ihnen ein Schaden entstanden ist").

(55) So z.B. von Westphalen S. 96.

(56) Kleiner S. 144.

Damit ist für die Bank die Selbständigkeit eines Leistungsversprechens völlig unabhängig von der zwischenparteilichen Risikozuweisung im Grundverhältnis: Ob also der Auftraggeber der Bank dem Begünstigten einen "Erfolg schlechthin" oder "bloss" etwa die Erfüllung einer Schuldpflicht im Rahmen der dispositiven gesetzlichen Ordnung schuldet, ist nicht von Bedeutung. Die Bank muss nur Gewissheit haben, sofort, auf erstes Anfordern Zahlung leisten zu müssen (zu dürfen). Wie schon die Textgestaltung einer Bankgarantie sprechen somit auch die Interessen der Bank zumindest **nicht für eine Erfolgssicherungsfunktion** der Bankgarantie.

4. Hinweise im Grundverhältnis

Bereits in § 5 (57) wird ausgeführt, die Ausgestaltung einer typischen Bankgarantie lasse wegen des generellen Einwendungsverzichtes zwar zu, dass mit ihr dem Begünstigten ein Erfolg sichergestellt sei. Hingegen wird dort auch festgestellt, dass eine solche alleinige Erfolgssicherungsfunktion für den Begünstigten zumindest **nicht genügend** ist, weil dieser abgesehen davon auf jeden Fall eine sofort realisierbare Sicherheit in Händen wissen möchte.

Zu untersuchen bleibt, ob der Begünstigte, der sich mit der Bankgarantie die "denkbar stärkste Rechtsposition" einräumen lässt, andererseits im Grundverhältnis eine **Beschränkung seines rechtlichen Dürfens** in einem Ausmass akzeptiert, dass nicht mehr von einer Erfolgssusage des Hauptschuldners ausgegangen werden kann. Ist eine solche Einschränkung der Rechtsmacht des Begünstigten zumindest nicht atypisch, so kann nur mehr die sofortige Realisierbarkeit als bestimmendes Merkmal der Bankgarantie gelten, ihr hingegen nicht mehr eine typische Erfolgssicherungsfunktion unterstellt werden.

(57) Vorne S. 68 ff.

a) Öffentlichrechtliche Verhältnisse

In solchen ist nun eine **Erfolgssicherungsfunktion**, die - in welchem Sinne auch immer - über die Sicherung der "normalen" Schuldpflicht hinausgeht, zum vorneherein **auszuschliessen**. Auch wenn sich ein Gericht (58) oder eine andere Behörde (59) eine selbständige Bankgarantie geben lässt, soll nicht irgendeine "Leistung schlechthin" abgesichert werden. Vielmehr kann nur ein Anspruch nach Massgabe gesetzlicher Vorschrift Sicherungsobjekt sein. Die Selbständigkeit der Sicherungsverpflichtung kann nur zum Zweck haben, bei Fälligkeit der Hauptverpflichtung sofort auf die Kautions Zugriff nehmen zu können (60).

b) Privatrechtliche Verhältnisse

Die **Komplexität der Rechtsverhältnisse**, die durch eine Bankgarantie abgesichert werden, wird häufig als **Begründung der Erfolgssicherungsfunktion** dieses Sicherungsinstrumentes ins Felde geführt. Gerade bei internationalen Verträgen werde damit Schutz vor dem Risiko gesucht, dass ein Schuldverhältnis ungültig sei oder zufolge öffentlichrechtlicher Vorschriften nicht erfüllt werden dürfe (61).

-
- (58) Eine Gerichtskautions in Form einer Bankgarantie enthält im übrigen häufig - obwohl auf erstes Anfordern zahlbar gestellt - die Bedingung, sie könne nur "gegen Vorlage eines jeden rechtskräftigen Entscheides in der vorliegenden Sache" in Anspruch genommen werden.
- (59) So etwa eine Bankgarantie zugunsten der Fremdenpolizei "als Sicherstellung aller öffentlichrechtlichen Ansprüche" zufolge des Aufenthaltes eines Ausländers in der Schweiz, die zahlbar ist "gegen Ihre schriftliche Bestätigung, dass Herr X Ihnen den unter diesem Zahlungsverprechen verlangten Betrag schuldet".
- (60) Gerichtskautions werden überdurchschnittlich häufig in Anspruch genommen. Dies mag damit zusammenhängen, dass die (ausländische) Prozesspartei die Bankgarantie nicht nur als Sicherung betrachtet, sondern ebenso als Mittel zur Erfüllung, wenn der Betrag fällig ist.

Nun ist aber gleichzeitig festzustellen, dass gerade solche Rechtsverhältnisse auch eine **eingehende vertragliche Regelung** finden. Gegenstand einer entsprechenden Vereinbarung sind regelmässig auch die **Folgen von Leistungsstörungen**. Namentlich die Auswirkungen höherer Gewalt, aber auch öffentlichrechtlicher Vorschriften finden in derartige Verträge Einlass. Aber auch andere Verantwortlichkeiten der Beteiligten bezüglich Leistungsstörungen werden meist eingehend festgelegt. Wie mit der dispositiven gesetzlichen Ordnung werden damit den Beteiligten Risiken zugewiesen (62); eine solche grundvertragliche Risikozuweisung dürfte die dispositive gesetzliche Ordnung meist an Regelungsdichte überbieten.

Es muss davon ausgegangen werden, dass eine solche grundvertragliche Risikozuweisung von den jeweils stark divergierenden Verhältnissen im Einzelfall abhängt. Auf jeden Fall erlaubt sich der Verfasser kein Urteil darüber abzugeben, wie **generell** in gewissen, gerade komplexen Grundvertragstypen die Verpflichtungen und Verantwortlichkeiten der Beteiligten festgelegt werden (63). Gerade die Eventualität der Verpflichtung, die Folgen der Verwirklichung eines häufig als unwahrscheinlich beurteilten Risikos zu übernehmen, dürfte solche Vertragspunkte zudem auch zu einem beliebten Verhandlungs- (und Konzessions-) Objekt machen.

Hingegen erscheint **fragwürdig** zu unterstellen, die Bankgarantie sei **generell** Ausdruck einer Risikozuweisung, die dem Auftraggeber die Folgen der Verwirklichung aller Risiken aufbürdet, die ausserhalb der Rechtsmacht des Begünstigten

(61) Kleiner S. 71.

(62) Vgl. vorne S. 71.

(63) Vgl. für Exportkontrakte die aufschlussreichen Ausführungen von Costet FEDUCI Garanties S. 107 ff.

liegen. Wenn die Vereinbarung des Grundverhältnisses in gewissen Fällen höherer Gewalt den Auftraggeber der Bankgarantie von einer Leistungspflicht **entlastet**, so handelt der Begünstigte auf jeden Fall vereinbarungswidrig, wenn er die Bankgarantie in Anspruch nimmt, obwohl die Hauptleistung gerade wegen solcher höherer Gewalt ausgeblieben ist.

Aehnliches gilt bezüglich **Öffentlichrechtlicher Leistungshindernisse**. Gerade der Abnehmer hochtechnischer Güter hat sich häufig vertraglich gar den Bestimmungen eines fremden öffentlichen Rechts zu unterwerfen, namentlich den US-amerikanischen Export Administration Regulations (64). Verbietaet nun dieses kraft vertraglicher Unterwerfung anwendbare öffentliche Recht (nachträglich) den Export des Gutes, so kann sich der Abnehmer/Begünstigte kaum auf den Standpunkt stellen, er hätte die Leistung ungeachtet aller staatlicher Eingriffe versprochen erhalten und dürfe deshalb etwa eine Erfüllungsgarantie in Anspruch nehmen.

Die Hypothese, die Bankgarantie sichere dem Begünstigten den Erhalt der Leistung schlechthin, steht deshalb auf jeden Fall unter dem **Vorbehalt abweichender Vereinbarung** im Grundverhältnis.

Diese Relativierung lässt nun bereits kaum mehr als vertretbar erscheinen, die Bankgarantie generell als Mittel zur Erfolgs-sicherung zu bezeichnen. Hinzu kommt aber, dass die rigorose **Selbständigkeit** der Bankgarantie **genügend Erklärung** in

(64) Vgl. dazu A.V. Lowe, Public International Law and the Conflict of Laws: The European Response to the United States Export Administration Regulations, in: International and Comparative Law Quarterly Vol. 33 (1984) S. 515 ff. - Dieser Autor bestreitet allerdings die völkerrechtliche Zulässigkeit solcher Unterwerfung unter ausländisches öffentliches Recht, während (gem. Aussage von Prof. F.A. Mann, London) das übrige Schriftum die Zulässigkeit generell voraussetzt und nicht weiter untersucht.

der Absicht der Beteiligten findet, die **Parteirollen** in einer Auseinandersetzung über Leistungsstörungen im Grundverhältnis **umzukehren**. Wenn - durchaus zu Recht - vermerkt wird, die Komplexität internationaler Rechtsbeziehungen hätte nach diesem spezifischen Sicherungsinstrument gerufen (65), so lässt sich das Bedürfnis nach der "denkbar stärksten Rechtsposition" vorab mit dem Bedürfnis nach dieser Funktionsweise rechtfertigen.

Hingegen eignete sich die angebliche absolute Sicherstellung des Begünstigten vor jedem Risiko ausserhalb seiner Machtsphäre schlecht zur Bewältigung von Leistungsstörungen in komplexen Rechtsverhältnissen, aus denen gerade die Bankgarantie "heute nicht mehr weggedacht werden" kann (66). Wenn gar die - immerhin noch differenzierteren - **gesetzlichen Folgen** von Leistungsstörungen (z.B. Vertragsrücktritt) immer mehr obsolet zu werden drohen, seit **geschäftliche Beziehungen** vorab auf **Wiederholung** ausgelegt sind, vermag kaum zu überzeugen, dass ausgerechnet eine **Schöpfung des modernen Wirtschaftsverkehrs** dieser Tendenz entgegenlaufen und eine absolute Leistungspflicht des Garantie-Auftraggebers zum Ausdruck bringen soll.

Die Bankgarantie schafft mit der denkbar stärksten Rechtsposition dem Begünstigten in erster Linie eine komfortable Verhandlungsposition in der **einvernehmlichen Bewältigung von Leistungsstörungen**. Mit guten Gründen wird ausgeführt, die Bankgarantie sei nicht zuletzt auch eine Antwort der Importeure auf die weltweite Verwendung des Akkreditivs zum Schutze des Exporteurs (67). Dies zielt wiederum auf eine Relativierung einer auf den ersten Blick absoluten Sicherstellung, nämlich derjenigen des Akkreditiv-Begünstigten (68).

(65) Dohm N 2 f, von Westphalen S. 32, Schinnerer/Avancini II S. 288 f.

(66) Dohm N 1.

(67) Dohm N 6.

Schliesslich bleibt noch zu beachten, dass Bankgarantien ausserordentlich selten in Anspruch genommen werden (69). Es wäre wohl eine zu optimistische Sicht anzunehmen, diese Zahl der Inanspruchnahmen entspräche der **Häufigkeit von Leistungsstörungen** in internationalen Verträgen. Vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass der Begünstigte die Bankgarantie eben nicht als absolute Sicherstellung versteht, auf die er ohne weiteres Zugriff nehmen kann und darf, wenn nur die vertragskonforme Leistung ausgeblieben ist.

III. Fazit

1. Die Bankgarantie ist keine Erfolgssicherung

Die Beteiligten an einem Rechtsverhältnis sind weitgehend befugt, durch **Vereinbarung** Risiken zuzuweisen bzw. zu überwälzen, denen ihr Rechtsverhältnis ausgesetzt ist. Mit der Beschaffung einer Bankgarantie wird deren Begünstigter einerseits durch die Verpflichtung der Bank vom Risiko der Insolvenz und der Leistungsunwilligkeit seines Vertragspartners, andererseits durch die Umkehr der Parteirollen von Risiken aus der Notwendigkeit einer - auch gerichtlichen - Durchsetzung von Ansprüchen aus Leistungsstörungen entlastet.

Aus der Analyse von Zweck und Funktionsweise der Bankgarantie, aus der Textgestaltung verkehrstypischer Bankgarantien sowie

(68) Vgl. vorne S. 76 N 25.

(69) Diese Zahl wird noch unbedeutender, wenn jene - insbesondere zahlungssichernden - Bankgarantien in Abzug gebracht werden, deren Inanspruchnahme in keinem Zusammenhang mit einer Leistungsstörung steht und von den Beteiligten von Anfang an vorgesehen war.

aus mutmasslichen weiteren Umständen von Rechtsverhältnissen, die durch Bankgarantien abgesichert werden, ergibt sich die Schlussfolgerung: Die über die vorstehenden Risiken hinausgehende zwischenparteiliche **Risikozuweisung** im Grundverhältnis, mithin der **Umfang der Leistungspflicht** des Hauptschuldners, ist von der Pflicht zur Beschaffung einer Bankgarantie ganz und gar unabhängig und wird dadurch in keiner Weise präjudiziert (70).

Die **angebliche Erfolgssicherungsfunktion** der Bankgarantie lässt sich demgegenüber weder aus der Textgestaltung einer verkehrstypischen Bankgarantie noch aus den weiteren Umständen des Rechtsgeschäftes belegen. Dass die Bankgarantie weitgehend als Unterfall der Erfolgssicherungsgarantie bezeichnet wird, rechtfertigt sich unter keinem Titel und erklärt sich weitgehend aus den anfänglichen "Hemmungen" der Rechtswissenschaft anzuerkennen, dass Bankgarantien in ihrer rigorosen Ausgestaltung "tatsächlich meinen, was sie sagen" (71). Im schweizerischen Recht kommt noch hinzu, dass de lege lata die Zulässigkeit selbständiger Forderungssicherung umstritten oder zumindest das Ausmass dieser Zulässigkeit schwierig auszumachen ist. Auf diesen Aspekt wird deshalb im nachfolgenden 4. Teil der Untersuchung (§ 7 - § 9) in einer Auseinandersetzung mit der Dogmatik obligatorischer Sicherungsgeschäfte vertieft eingetreten.

Wird die Bankgarantie als - von der akzessorischen Bürgschaft gleichwohl zu unterscheidende - **selbständige Forderungssicherung** betrachtet und von der Unterstellung einer Erfolgssicherung abgesehen, entfällt gleichzeitig die unbefriedigende Notwendigkeit, eine "gewollte oder in Kauf genommene **Inadäquanz**" (72) stets dann annehmen zu müssen, wenn eine solche

(70) Ebenso Mülbert S. 62 und in ZIP 1985 S. 1104 und 1109 f; vgl. auch BGH ZIP 1984 S. 685.

(71) M. Rowe, Euromoney Trade Report 1983 S. 28.

Erfolgssicherung im Grundverhältnis nicht notwendig wäre oder gar kaum denkbar ist. Gerade die Bankgarantie ist "das Ergebnis von Verhandlungen ökonomisch und intellektuell gleich oder ähnlich gestellter Parteien" (73). Dass sich in ein solches Ergebnis eine "Inadäquanz" eingeschlichen haben soll, wenn sich aus den Umständen ergeben sollte, dass eine Bankgarantie nur die Erfüllung einer Leistungspflicht absichert, ist wenig überzeugend.

Wenn "zufolge grosser Konkurrenz unter den Exportindustrien ... eine selbständige Sicherung übernommen wird" (74), soll dem Begünstigten die denkbar stärkste Rechtsposition zur Durchsetzung seiner Ansprüche aus Leistungsstörungen eingeräumt werden. Es versteht sich von selbst, dass der Exporteur lieber eine Bankbürgschaft beschaffen würde (75) und diese Marktstellung des Begünstigten nolens volens akzeptieren muss (76). M.E. ist aber **verfehlt**, in diesem Zusammenhang von einer Verpflichtung des Exporteurs zu sprechen, "die weiterreicht, als **normalerweise verantwortet** werden dürfte" (77).

Die vorliegende Untersuchung kommt zum Ergebnis, dass die Bankgarantie nur die Erfüllung der Leistungspflicht durch den Auftraggeber absichern soll. Dies hat zur Konsequenz, dass der Auftraggeber der Bankgarantie, dessen Leistungspflicht im Grundverhältnis dahingefallen ist, berechtigt ist, vom Begünstigten, der die Bankgarantie gleichwohl in Anspruch genommen hat, das Erhaltene wieder **zurückzuverlangen**.

(72) Kleiner S. 75.

(73) Schluep S. 789.

(74) Kleiner S. 70.

(75) Vgl. Roesle S. 9.

(76) Vgl. Nielsen ZIP 3 (1982) S. 255.

(77) So aber Kleiner S. 70.

Es ist sofort einzuräumen, dass dem Exporteur, der schon einmal versucht hat, berechnigte, aber bestrittene Ansprüche in einem nicht-industrialisierten Land durchzusetzen, diese Differenzierung als reichlich **spitzfindig** erscheinen mag. Trotzdem ist der Verfasser überzeugt, dass die Auffassung, die Bankgarantie sichere die Leistung "schlechthin", etliche unliebsame Konsequenzen haben kann. Einige Beispiele mögen angeführt sein:

Zunächst ist festzuhalten, dass die Bankgarantie in zunehmendem Masse auch im Geschäftsverkehr zwischen hochindustrialisierten Staaten und auch im Inlandverkehr Verwendung findet. Es ist unsinnig, jedem Auftraggeber, der eine Bankgarantie beschaffen muss, gewissermassen "aus dogmatischen Gründen" eine derartige **Ausweitung seiner Leistungspflicht** zuzumuten.

Ebenso unbefriedigend aber wäre auch, den Begünstigten einer Bankgarantie in seinem Vertrauen zu enttäuschen, eine **erstklassige Sicherheit** in Händen zu haben, nur weil sich herausstellt, er habe nichts anderes als den Erhalt der ihm geschuldeten Leistung absichern wollen. Wird das Erfordernis einer Erfolgssicherung zur *conditio sine qua non* einer selbständigen Sicherungsverpflichtung "hochstilisiert", so läuft der Begünstigte diesfalls nicht nur Gefahr, in seiner Erwartung der sofortigen Realisierbarkeit der Sicherung enttäuscht zu werden. Im Einzelfall muss er sogar damit rechnen, dass wegen Verletzung der Formvorschriften des Bürgschaftsrechtes der Sicherheit überhaupt jede Rechtswirksamkeit abgesprochen wird.

Im weiteren erfordert die Auffassung, (nur) die Sicherstellung einer Leistung "schlechthin" sei zweifelsfrei eine selbständige Bankgarantie, eine **"objektivistische" Umschreibung** der im Grundverhältnis geschuldeten Leistung (78). Wird nun ein

(78) Vgl. Kleiner S. 43 ff, noch deutlicher Huber S. 53.

dergestalt fixiertes Qualitätsmerkmal bloss "fast" erreicht, obwohl damit der wirtschaftliche Wert des Gutes in keiner Weise beeinträchtigt ist, lädt das geradezu ein, eine Preisreduktion oder sonstige Vorteile "herauszuholen". Denn in der vom Hauptschuldner veranlassten Bankgarantie ist ja ausdrücklich von diesen Qualitätsmerkmalen die Rede. Dass sie nur dort stehen, um der Problematik des Anwendungsbereiches des schweizerischen Bürgschaftsrechtes aus dem Wege zu gehen, dürfte einem ausländischen Begünstigten wie auch einem ausländischen Gericht nur schwer klarzumachen sein.

Schliesslich ist wie gesagt einzuräumen, dass die inhaltlichen Besonderheiten von Exportkontrakten mit nicht-industrialisierten Staaten (79), wie auch die praktischen Schwierigkeiten einer Durchsetzung von Rechtsansprüchen in solchen Ländern es in der Tat häufig bedeutungslos machen, ob der Auftraggeber "rechtlich" nicht eine "Leistung schlechthin" schuldet. Aber sogar in solcher Sachlage ist fragwürdig, wenn eine nicht sachgerechte dogmatische Konzeption die Rechtsstellung des Auftraggebers einer Bankgarantie **zusätzlich** und gar vor den Gerichten des eigenen Landes (etwa wenn ihm für den Rückforderungsanspruch ein Arrest auf Vermögenswerte des Begünstigten gelingt) **erschwert**.

2. Keine Verpflichtung, die "weiter oder auf etwas anderes" geht als diejenige des Hauptschuldners

Wenn das Bg auch bei der Absicherung einer vollstreckbaren Schuldverpflichtung einen selbständigen Garantievertrag annimmt, wenn nur die Verpflichtung des Promittenten **weiter oder auf etwas anderes** geht als diejenige des Dritten (des Hauptschuldners) (80), liesse sich grundsätzlich argumentieren: Die Bank verpflichtet sich weiter als der Hauptschuldner,

(79) Vgl. Costet FEDUCI Garanties S. 107 ff.

(80) BGE 75 II 51.

weil der Begünstigte die Bankgarantie in der Regel ohne jeden Nachweis in Anspruch nehmen kann, also zumindest **faktisch** auch, wenn der Hauptschuldner gar nicht leistungspflichtig wäre. In diesem Sinne könnte doch wieder von einem Garantievertrag die Rede sein.

Einer solchen Auffassung steht zunächst entgegen, dass der Hauptschuldner - seine Zahlungsfähigkeit vorausgesetzt - letztlich eben doch, unter welchem Titel auch immer, in seinem Vermögen von der Inanspruchnahme betroffen ist. Die Bank kann sich einfach nicht "im Auftrag und **auf Rechnung**" ihres Kunden "**weiter**" verpflichten, als dieser selbst verpflichtet ist.

Aber auch in anderer Hinsicht hat in solcher Sachlage die Verpflichtung aus einer Bankgarantie mit der Verpflichtung eines Garanten, die im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung "weiter oder auf etwas anderes" geht als diejenige des Hauptschuldners, **wenig zu tun**. Sie lässt sich vielmehr je nach Einzelfall auf zwei verschiedene Arten erfassen:

a) Leistungspflicht als Ausfluss der Umkehr der Parteirollen

Die Bankgarantie **kehrt die Parteirollen um** in der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung zwischen den Parteien des Grundverhältnisses über allfällige Leistungsstörungen. Ist die Verantwortlichkeit für eine Leistungsstörung streitig, so hat nicht der Gläubiger gegen den Schuldner Klage zu erheben, sondern der Schuldner muss nachträglich gegen den Gläubiger vorgehen, der aus der Bankgarantie "ohne Ueberprüfung des Rechtsverhältnisses" befriedigt wurde. In dieser - nachträglichen - Auseinandersetzung kann sich nun nach eingehender Prüfung der Sachlage und nach Massgabe der von den Parteien des Grundverhältnisses für die Risikotragung getroffenen oder zu ergänzenden Regelung ergeben, der Begünstigte hätte die von der garan-

tierenden Bank erhaltene Zahlung oder einen Teil davon zu Unrecht erhalten und deshalb dem Auftraggeber **zurückzuerstat-
ten**.

Wenn die Parteien des Grundverhältnisses die Pflicht eines Beteiligten zur Beschaffung einer Bankgarantie vereinbarten, war ihnen gerade an ihrer spezifischen Funktionsweise gelegen, dass nämlich bei Leistungsstörungen eine sofortige Zahlung erfolgen soll, wenn der Begünstigte nur schon **annehmen** kann und darf, die Leistungsstörung liege in der Verantwortlichkeit des Hauptschuldners (81). Diese Zuwendung aus der Bankgarantie erfolgt damit zwar unter dem **Vorbehalt** einer späteren - auch gerichtlichen oder schiedsgerichtlichen - Auseinandersetzung über ihre Grundvertragsgemässheit (82). Dies ändert aber nichts daran, dass der Auftraggeber zu dieser - auch bloss vorläufigen - Zuwendung **verpflichtet** war.

Solange also umstritten ist, ob der Auftraggeber der Bankgarantie eine Leistungsstörung zu vertreten hat, ist die Zuwendung wohl keine definitive Vermögenszuweisung. Stattdessen ist sie eine grundvertragsgemässe **Vorleistung allfälliger Ersatzzahlungen** im Hinblick auf eine vorbehaltene nachträgliche Auseinandersetzung über die Tragung der vermögensrelevanten Folgen von Leistungsstörungen. Im Unterschied zum Bardepot erfolgt aber diese Vorleistung nicht bereits bei Abschluss des Grundvertrages, sondern erst, wenn eine Leistungsstörung zumindest behauptet ist. Die Verpflichtung der Bank hat nun zum Zweck, diese Zuwendung zu gewährleisten. Eine Verpflichtung hingegen, die "weiter oder auf etwas anderes" geht als diejenige des Hauptschuldners, ist nicht auszumachen.

(81) D.h. der Hauptschuldner hat sie zu vertreten, trägt das entsprechende Risiko.

(82) Diese Auseinandersetzung findet zwischen den Parteien des Grundverhältnisses statt, in dessen Rahmen eine in der Berechtigung bestrittene Zahlung nur vorläufigen Charakter hat. Demgegenüber ist die Zahlung der Bank im Verhältnis Bank-Begünstigter grundsätzlich definitiv. Vgl. vorne S. 84.

b) Ungerechtfertigte Inanspruchnahme als Risiko der Bankgarantie

Eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme liegt (erst) vor, wenn der Begünstigte auch nicht unter dem Titel einer Vorleistungspflicht des Hauptschuldners berechtigt ist, die Bankgarantie in Anspruch zu nehmen, die Bank ihm aber mangels liquiden Nachweises eines Rechtsmissbrauches auch nicht Zahlung verweigern kann. In der Tat macht die Bank diesfalls eine Zuwendung, zu welcher der Auftraggeber nach dem Grundverhältnis **nicht verpflichtet** ist.

Entsprechend ist aber auch die Inanspruchnahme durch den Begünstigten rechtsmissbräuchliche Ausübung einer formellen Rechtsmacht, "**scheinbares Recht**" (83), das keinen Rechtsschutz findet (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Durch den weitestgehenden Einwendungsausschluss ermöglicht die spezifische Ausgestaltung der Bankgarantie allerdings eine solche rechtswidrige Inanspruchnahme.

Trotzdem begründet eine solche Inanspruchnahme lediglich eine - für den Hauptschuldner allerdings sehr unangenehme - **faktische Lage**; sie ist ein Risiko der Bankgarantie. Dieses Risiko mag wirtschaftlich betrachtet die Bankgarantie wesentlich prägen. Es wäre aber fragwürdig und letztlich eine Kapitulation der Rechtsordnung, wenn dieses **Risiko zum rechtlich wesensbestimmenden Merkmal** der Bankgarantie hochstilisiert würde. Ein solches Unterfangen wäre etwa vergleichbar mit einer Umschreibung des Darlehensvertrages, mit welchem sich der Darleiher zur Uebertragung des Eigentums an einer Summe Geldes usw. verpflichte, auf die Gefahr hin, sie nicht mehr zurückzuerhalten. Nur weil die Bankgarantie mit ihrer Ausge-

(83) Merz N 21 zu ZGB 2.

staltung das Risiko missbräuchlicher Rechtsausübung schafft, besteht noch keine Verpflichtung der Bank, die auch in der **Begründung eines subjektiven Rechtes** "weiter" geht als diejenige des Hauptschuldners.

3. Bankgarantie als Interzessionsgeschäft

Es bleibt dabei: die Bank verpflichtet sich - im Auftrag des Hauptschuldners - nur insofern auf etwas anderes wie dieser Hauptschuldner, als sie in aller Regel nicht die Hauptleistung selbst zu erbringen verspricht. Gleichwohl aber ist sie ein **Einstehen für die Erfüllung** durch den Hauptschuldner (84), der die Ersatzzahlung oder eine Vorausleistung darauf zu erbringen und allenfalls auch das Risiko missbräuchlicher Inanspruchnahme zu tragen hat. Oder anders gesagt: der Garantievertrag i.e.S. ist kein Interzessionsgeschäft (85), die Bankgarantie ist aber **stets Interzessionsgeschäft**.

(84) Von Büren I S. 349.

(85) Von Büren II S. 307 N 82: Deshalb ist "formungültig erklärte Bürgschaft ... nie zu retten als Garantievertrag, weil eben die Tatbestände grundsätzlich verschieden sind, nicht das eine Geschäft zugleich die Charakteristik der Bürgschaft und des Garantievertrages haben kann". - Vgl. aber die abweichende Begriffsverwendung von Gutzwiller ZSR 1984 S. 123 N 7.

4. Teil

ZUR ABGRENZUNG VON BANKGARANTIE UND BANKBÜRGSCHAFT

Einleitung

Zwar hat die Bankgarantie eine ausgesprochen typische Gestalt, die sich deutlich von anderen Sicherungsverpflichtungen unterscheiden lässt (1); man spricht deshalb sogar von einer **stereotypisierten Verpflichtung** (2). Im weiteren ist die Bankgarantie eine Schöpfung des internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehrs (3) mit inzwischen allgemein anerkannten Rechtswirkungen. Es genügt, wenn eine solche Verpflichtung von der Vertragsfreiheit (4) gedeckt ist; einer Einordnung in ein etabliertes System der Personalsicherheiten bedarf sie nicht, um ihre Rechtswirkungen zu entfalten (5).

Trotzdem kann bei der Analyse der Bankgarantie nicht von ihrem **Verhältnis zur (Bank-) Bürgschaft** abgesehen werden, und zwar nicht nur, wenn ein sog. widersprüchlicher Text (6) in Prüfung steht. Letzteres mag insofern überraschen, als zumindest die typische Bankgarantie in ihrer Textgestaltung mit der

-
- (1) Vgl. die Textbeispiele von Dohm, Kleiner, Schinnerer/Avancini, von Westphalen.
 - (2) Schönle S. 340, Dohm N 71.
 - (3) Von Westphalen WM 1981 S. 294, Dohm N 1.
 - (4) Literaturhinweise bei Gutzwiller ZSR 1984 S. 129 f N 30.
 - (5) Aden RIW/AWD 1981 S. 440, von Caemmerer S. 302; vgl. auch Schönle SJZ 79 (1983) S. 58.
 - (6) Dohm N 85, Kleiner S. 55 ff.

typischen, gerade im Bankgeschäft häufig formularmässigen Bürgschaft - abgesehen vom gemeinsamen Sicherungszweck - nicht besonders viel zu tun hat. Für den "unbelasteten" Beobachter wäre wohl schwer verständlich, wenn zum Ergebnis gelangt würde, dass allenfalls auf die beiden so verschieden formulierten Verpflichtungen die gleichen (zwingenden) gesetzlichen Vorschriften anwendbar sein und sie somit trotz markanter äusserer Verschiedenheit dieselben Rechtswirkungen haben könnten.

So verpflichtet sich denn die Bank nach dem Wortlaut einer typischen Bankgarantie nicht eigentlich, - wie ein Bürge - bis zu einem zahlenmässig bestimmten Höchstbetrag für die Erfüllung einer Schuld einzustehen, sondern **unter bestimmten Voraussetzungen** bis zu einem fixierten Maximalbetrag eine **Geldsumme auszubezahlen** (7). Diese Voraussetzung ist meist ausschliesslich die Einreichung einer genau umschriebenen Erklärung, die allerdings i.d.R. einen Hinweis auf eine Leistungsstörung in einem Schuldverhältnis enthält, also auf einen Sachverhalt, der auch ein akzessorisches Entstehen für eine Schuld als möglich und sinnvoll erscheinen lässt.

Auch der meist **ausdrückliche Ausschluss aller Einwendungen** und Einreden aus dem Rechtsverhältnis, auf das in der Präambel Bezug genommen wird, scheint Bürgschaft zum vorneherein auszuschliessen, ist doch demgegenüber der Bürge berechtigt und verpflichtet, solche Einwendungen und Einreden zu erheben (Art. 502 Abs. 1 OR).

Jedoch stellt die vorstehende Analyse von Zweck und Funktionsweise der Bankgarantie in gewissem Sinne die Frage wieder in den Raum, warum entgegen der älteren Lehre "sogenannte Bankgarantien" nicht **generell Bürgschaften** seien (8). Denn wäre, wie Kleiner annimmt (9), die Bankgarantie als selbständige Si-

(7) Dohm N 15 und 95; vgl. aber Scyboz S. 322 N 2.

(8) Oftinger SJZ 38 S. 60, Bär S. 65, von Büren II S. 306.

(9) Vgl. vorne S. 35.

cherheit nach schweizerischem Recht nur zulässig, weil und falls sie die auch nichtgeschuldete Leistung sicherstellt, so wäre doch wieder zweifelhaft, ob nach schweizerischem Recht die Bankgarantie "in der sonst im internationalen Handel geübten Weise" (10) möglich ist.

Diese Fragestellung ist natürlich insofern theoretisch, als die Praxis die **Antwort** längst **vorweggenommen** hat. Es scheint, dass dieser Praxis allein schon damit gedient ist, dass die qualifizierte Selbständigkeit der Bankgarantie anerkannt ist. Mit welcher "Konstruktion" die Rechtswissenschaft die Zulässigkeit dieser Selbständigkeit begründet, ist für die Praxis von geringer Bedeutung.

Nichtsdestotrotz **präjudizieren** - nicht nur in der schweizerischen Literatur - Schlussfolgerungen aus der angeblichen Erfolgssicherung in m.E. nicht sachgerechter Weise gewisse Fragen der **Handhabung der Bankgarantie** (11). Denn diese Erfolgssicherungsfunktion hätte neben der Gewährleistung der Selbständigkeit der Sicherungsverpflichtung weitere Auswirkungen: zunächst auf die Auslegung von Leistungsversprechen mit zweifelhaftem Wortlaut, dann aber auch auf die Frage der "definitiven Vermögenszuweisung" (12), das heisst, wann der Begünstigte das unter einer Bankgarantie Erhaltene definitiv behalten darf.

So werden im folgenden zunächst einige grundlegende Ueberlegungen zum Verhältnis zwischen selbständigen und akzessorischen Sicherungsverpflichtungen angestellt. Im Anschluss daran soll versucht werden, einige Anhaltspunkte für die praktisch bedeutsame Abgrenzung von Bankgarantie und Bankbürgschaft und damit für eine sachgerechte Auslegung von Leistungsversprechen einer Bank zu liefern.

(10) Von Caemmerer S. 306.

(11) Vgl. vorne S. 108 f.

(12) Vgl. hinten S. 147 f.

§ 7

AKZESSORISCHE UND SELBSTÄNDIGE SICHERUNGSVERPFLICHTUNGEN

I. Begriffe

1. Vor-positivrechtliches Begriffspaar ?

Nach Kleiner ist die Unterscheidung zwischen selbständiger und akzessorischer Sicherungsverpflichtung im **vorpositiven Bereiche der reinen Rechtsbegriffe** anzusiedeln (1). So ergebe sich der Unterschied zwischen einer Leistungspflicht, die von einem andern Schuldverhältnis abhängig ist, und einer solchen, die selbständiger Natur ist, aus der Logik, aus allgemeinen Denkkategorien und nicht erst aus Definitionen des positiven Rechts. Das positive Recht könne aus Gründen der Logik den Gegensatz zwischen akzessorischer und selbständiger Sicherung weder schaffen noch verändern oder gar verneinen (2).

Der aus einer **selbständigen Sicherung** Verpflichtete könne dabei keinerlei Einwendungen aus einem anderen Schuldverhältnis erheben (3). Eine solche Verpflichtung habe als Garantie zu gelten (4). Der **akzessorisch Verpflichtete** könne andererseits seiner Schuldpflicht Einwendungen aus dem abgesicherten Schuldverhältnis entgegenhalten (5). Eine solche Ver-

-
- (1) So die Zusammenfassung der Theorie Kleiners von Nobel S. 382.
(2) Kleiner S. 21 und S. 122; vgl. schon vorne S. 33 ff.
(3) Kleiner S. 21.
(4) Vgl. Kleiner S. 41.
(5) Kleiner S. 46.

pflichtung sei Bürgschaft, die "vor-positivrechtlich" "schlechthin akzessorisch" sei (6). Gemeint sein dürfte, dass dem Bürgen im Grundsatz **sämtliche** Einwendungen des Hauptschuldners offenstehen (7).

Ein **Teilverzicht** auf solche Einwendungen ändere an diesem theoretischen Unterscheidungsmerkmal nichts; es liege diesfalls eine **Mischform** (8) von vor-positivrechtlicher Garantie und vor-positivrechtlicher Bürgschaft vor, wobei es dem positiven Recht anheimgestellt sei, solche Mischformen zuzulassen und zu regeln (9).

Wenn Kleiner Akzessorietät und Selbständigkeit als apriorisches (10) Begriffpaar bezeichnet, unterstellt er offensichtlich, dass stets "logisch" feststellbar ist, ob eine Sicherungsverpflichtung vom abgesicherten Sachverhalt abhängig oder unabhängig ist, bzw. ob und wieweit eine Mischform vorliegt. Diese **logische Unterscheidbarkeit von Abhängigkeit und Selbständigkeit** weckt allerdings schon vom allgemeinen Wortsinn her Bedenken, sind doch diese Begriffe fast definitionsgemäss unterschiedlicher Grade fähig und im Verhältnis zwischen zwei Sachverhalten wohl regelmässig "sowohl - als auch" auszumachen. Eine Zuordnung kann sich höchstens aufgrund eines zu definierenden **Abgrenzungskriteriums** ergeben (11).

Auch rechtliche Selbständigkeit bzw. Abhängigkeit untersteht grundsätzlich der gleichen Gesetzmässigkeit: auch sie bedarf

(6) Kleiner S. 92.

(7) Vgl. Kleiner S. 40.

(8) Nach Schinnerer Bank-Archiv 1972 S. 448 kann hingegen dieselbe Haftung nicht gleichzeitig akzessorisch und selbständig ("selbstverständlich") sein.

(9) Kleiner S. 83 ff.

(10) Kleiner S. 19.

(11) "Als physische, psychische, soziale, politische (Un-)Abhängigkeit hat zu gelten, wenn..."

der **wertenden Bezugsgrösse**, damit zwei Sachverhalte als (un-)abhängig voneinander bezeichnet werden können. So definiert denn Kleiner auch im wesentlichen lediglich Akzessorietät als fehlende Selbständigkeit und Selbständigkeit als fehlende Akzessorietät (12). Jede Konkretisierung der Begriffe zwingt hingegen auch Kleiner zu **Einschränkungen**: dass etwa der Bürge gewisse Einwendungen des Hauptschuldners nicht erheben kann (13), wie auch, dass eine Garantie nie völlig vom Grundverhältnis losgelöst ist (14).

Bleibt in der Argumentation Kleiners das Begriffspaar "selbständig - akzessorisch" wenig greifbar, sind darin **andere "wesentliche Begriffselemente der Garantie"** (ebenso wie der Bürgschaft (15)) ergiebiger, die ebenfalls "vor-positiv-rechtlicher Art" (16) seien. Es handelt sich dabei gerade um die erwähnte Bezugsgrösse, die zu entscheiden erlaubt, ob eine Sicherungsverpflichtung als akzessorisch oder als selbständig zu gelten hat: nämlich ob sie eine **Schuldspflicht** oder ob sie die (auch nicht geschuldete) **Leistung** absichere.

Dabei stellt Kleiner die Hypothese auf, die Sicherung einer **geschuldeten Leistung** habe **stets akzessorischen Charakter** und stelle damit eine Bürgschaftsverpflichtung dar (17). Andererseits sei eine **selbständige Sicherungsverpflichtung stets Garantie** (18), womit eine Leistung sichergestellt werde, gleichgültig, ob diese gefordert werden könne oder nicht (19).

(12) Vgl. Kleiner S. 41.

(13) "Einwendungen aus dem Hauptschuldverhältnis ... selbstverständlich mit Ausnahme jener, welche die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners betreffen" (Kleiner S. 41).

(14) "Die Regel der absoluten Zahlungspflicht" wird "bei Betrug ... durchbrochen" (Kleiner S. 159).

(15) Kleiner S. 122.

(16) Kleiner S. 134.

(17) Kleiner S. 43 bb) 2. Abs.

Diese Auffassung lässt sich auf jeden Fall **nicht "durch logische Ableitung"** (20) gewinnen. Wohl kann eine nicht geschuldete Leistung definitionsbedingt nicht "schlechthin" akzessorisch sichergestellt werden. Hingegen ist nicht einzusehen, **warum eine Forderung nur akzessorisch** - in Abhängigkeit spezifischer Art (21) - abgesichert werden könnte. Nicht zuletzt die historische Entwicklung des Rechtsinstituts der Bürgschaft hat gezeigt, wie eine Schuldpflicht auch anders als mittels der im schweizerischen Recht konsequent akzessorisch (22) ausgebildeten Bürgschaft im modernen Sinn sichergestellt werden kann (23).

Sollte hingegen die Auffassung Kleiners im Übrigen zutreffen, so erlaubt sie immerhin, den Anwendungsbereich des Bürgschaftsrechts allenfalls insoweit "logisch" zu ergründen, als der **Gegensatz zwischen Forderung und "Nichtforderung"** als schuldrechtliche Grundbegriffe "logisch" ist (24). Für die Auffassung spricht überdies der **Wortlaut** von Art. 492 Abs. 1 OR, der bestimmt, wer für die Erfüllung einer Schuld einstehe, verpflichte sich als Bürge. Dieser Aspekt wird an späterer Stelle noch zu vertiefen sein (25).

(18) "Fehlt Akzessorietät, liegt eine Garantie vor" (Kleiner S. 41).

(19) Kleiner S. 36.

(20) Kleiner S. 19.

(21) Nicht jede Abhängigkeit hat als Akzessorietät zu gelten, so z.B. nicht die Abhängigkeit der Solidarobligationen untereinander, von Tuhr/Escher S. 299.

(22) Kleiner S. 40.

(23) Vgl. den Ueberblick bei Oser/Schönenberger N 1 vor OR 492, Scyboz S. 347 f, Bucher S. 216.

(24) Vgl. aber von Büren I S. 3: "Dass wir sagen, dieses oder jenes Recht sei entstanden oder vergangen, will nicht heissen, dass Ursächlichkeiten am Werk gewesen seien, sondern einfach, dass wir einen zureichenden Grund vorhanden sehen, ein bestimmtes Individuum als berechtigt oder nicht mehr berechtigt zu betrachten".

(25) Hinten S. 127 ff.

Es bleibt aber dabei, dass auch diesfalls die zwingende Akzessorietät einer Forderungssicherung und die Selbständigkeit ausschliesslich einer Leistungssicherung **gesetzlicher Vorschrift entspringen** würde und mit Logik wenig zu tun hätte.

Auch der **Begriff der Akzessorietät** entzöge sich damit nach wie vor einer logischen Bestimmbarkeit. Auch Kleiner räumt ein, dass ihr Umfang von der Rechtswissenschaft **unterschiedlich definiert** wird (26). Zudem erklären sich die "wenigen Einschränkungen vom Grundsatz" (27) damit, dass Akzessorietät "zessieren" muss, "wenn ihre Durchführung dem Sicherungszweck der Bürgschaft widersprechen würde" (28).

Illustrativ ist in diesem Zusammenhang die Beantwortung der Frage, wie die Bürgenschuld das Schicksal der Hauptschuld teilt, wenn der Gläubiger gemäss Art. 109 OR vom Vertrag zurücktritt. Die Novelle von 1941 gibt dazu den damaligen **Stand der Wissenschaft** wieder, der nach heutiger Auffassung als **überholt** zu gelten hat (29). In gleicher Weise könnte in der künftigen Rechtsentwicklung etwa auch die Frage gestellt werden, wie eine Schuld aus culpa in contrahendo von einer akzessorischen Sicherung erfasst sein kann (30).

(26) Kleiner S. 78.

(27) Oser/Schönenberger N 21 zu OR 492.

(28) Von Büren II S. 287. - Vgl. auch Gutzwiller ZSR 1984 S. 122 f N 4 f.

(29) Art. 499 Abs. 2 Ziff. 1 OR; Bucher S. 227 f, vgl. auch Gauch/Schluep/Jäggi N 1184 ff und 1821 ff. - Zum Meinungsstand im Zusammenhang mit der Bürgschaft auch Kleiner S. 78 und dort Zit.

(30) Vgl. Bucher S. 227: das Gesetz unterstellt, der Bürge wolle nicht diese ausserververtragliche Schuld sichern. - Vgl. im übrigen auch Oftinger/Bär N 153 ff zu ZGB 884 und die bei Kleiner S. 90 ff dargestellte deutsche Praxis des erweiterten Sicherungszweckes der Bürgschaft.

2. Akzessorietät als dogmatische Konzeption

Im Rahmen des "äusseren", abstrakt-begrifflichen Systems (31) gehört Akzessorietät "zu jenen von der Wissenschaft durch Abstraktion gewonnenen Grundsätzen, die die gemeinsamen Züge mehrerer Rechtsinstitute so deutlich zu zeigen vermögen, dass sie Evidenz und deshalb einen hohen Erkenntniswert besitzen und geeignet sind, für Gesetzgebung und Rechtsanwendung Richtlinien zu geben" (32).

Ausgangspunkt ist in diesem Sinne die positive gesetzliche Ordnung, der Begriff Ergebnis ihrer wissenschaftlichen Untersuchung. **Unzutreffend** dürfte hingegen sein, die Akzessorietät als **apriorischen Rechtsbegriff** zu bezeichnen, der zu den "unumgänglichen Kategorien des juristischen Denkens" gehöre, die "Werkzeuge und nicht Ergebnisse der Rechtswissenschaft" seien (33).

Nach heutiger Auffassung dürfte unbestritten sein, dass dieses "äussere", abstrakt-begriffliche System nicht allein die inneren Sinnzusammenhänge des Rechts aufdecken kann (34). Diese Erkenntnis **relativiert** die Bedeutung des Begriffes für die Rechtsfindung, was Gauch/Schluep/Jäggi (35) zur nüchternen Bemerkung veranlasst, gegen "Akzessorietät" sei nichts einzuwenden, "solange aus dem Begriff keine Rechtsfolgen abgeleitet werden".

Ueberdies ist man sich inzwischen "im klaren darüber, dass hinter diesen scheinbar neutralen dogmatischen Konzeptionen

(31) Im einzelnen Larenz Methodenlehre S. 420 ff.

(32) Oftinger/Bär N 152 zu ZGB 884.

(33) So aber Kleiner S. 19 unter Berufung auf Radbruch.

(34) Larenz Methodenlehre S. 470.

(35) Gauch/Schluep/Jäggi N 2505 zur Akzessorietät der Konventionalstrafe.

ebenfalls, wenn auch manchmal unbewusste, **rechtspolitische Grundvorstellungen** stehen" (36). Es rechtfertigt sich deshalb grundsätzlich nur, eine solche Konzeption aufrechtzuerhalten, soweit und solange diese noch im Dienste dieser Grundvorstellungen steht.

3. Akzessorietät als schuldrechtlicher Ausnahmetatbestand

Darüber hinaus darf nicht übersehen werden, dass **Abhängigkeit** eines Rechts oder einer Verpflichtung von einem Rechtsverhältnis (37) mit einem nichtbeteiligten Dritten grundsätzlich einen **schuldrechtlichen Ausnahmetatbestand** darstellt. Als schuldrechtliches **Hauptprinzip** gilt demgegenüber die **Relativität der Vertragsverhältnisse** (38).

Dieser Ausnahmecharakter ist stets im Auge zu behalten, wenn ausgeführt wird, im **Zweifelsfall** (39) bzw. im Normalfall (40), Regelfall (41) sei eine **akzessorische Sicherungsverpflichtung** anzunehmen. Den grundsätzlichen Ausnahmecharakter verliert die Akzessorietät auch nicht dadurch, dass die akzessorische Bürgschaft vom historischen Gesetzgeber als vertragliche Personalsicherheit schlechthin gedacht ist (42), und dass Art. 492 Abs. 1 OR scheinbar generell bestimmt, es verpflichte sich stets als Bürge, wer mit einer wie immer gearteten Verpflichtung im Ergebnis für die Erfüllung einer Schuld einsteht (43).

(36) Wiegand S. 37; im einzelnen nachfolgend 4.

(37) Von einem Vertrag, einer anderen Verpflichtung, einem anderen Recht, dem sogenannten Hauptrecht, Oftinger/Bär N 149 zu ZGB 884.

(38) Schönle SJZ 79 (1983) S. 58 und 60, Mülbert S. 32 m.w.N.

(39) BGE 66 II 26 ff.

(40) Kleiner S. 75, Guggenheim S. 186 f.

(41) Kleiner S. 135.

(42) Bucher S. 217.

4. Akzessorietät als Mittel zur Verwirklichung rechtspolitischer Grundvorstellungen

Akzessorietät ist im Bereiche der Personalsicherheiten ausschliesslich bei der forderungssichernden Bürgschaft anzutreffen (42a). Sie rechtfertigt sich zunächst aus diesem **Sicherungsobjekt**: soll nur eine Forderung gesichert werden, so genügt in der Regel eine Sicherung, die deren Schicksal teilt (44). In diesem Sinne ist Akzessorietät Ausdruck des rechtsethischen Grundsatzes der **Verhältnismässigkeit**, der "ein 'angemessenes Verhältnis' zwischen Mittel und Zweck fordert"; eine "Ausgewogenheit", die "mit dem Gedanken der Gerechtigkeit untrennbar verbunden ist" (45).

Das Interesse des Gläubigers bezieht sich nun aber in erster Linie auf den **Erhalt der Leistung** des Schuldners und nur sekundär auf sein klagbares Recht, d.h. auf die Möglichkeit, diese Leistung allenfalls auch zwangsweise durchzusetzen. Deshalb ist nicht zum vorneherein gegeben, dass klassische Forderungssicherungsgeschäfte de lege bloss das Risiko des Ausbleibens einer **geschuldeten** statt das Ausbleiben der **erwarteten Leistung** absichern sollen. Was den Hauptschuldner entlastet, braucht **nicht notwendigerweise** auch den Sicherungsgeber zu entlasten. Die Akzessorietät kann nur verstanden werden, wenn auch die **Interessen dieses Sicherungsgebers** ins Spiel gebracht werden.

Unter diesem Aspekt ist Akzessorietät **Resultat** (46) **rechtspolitischen Bestrebens** des Gesetzgebers, die Rechts-

(42a) Nach Reichel S. 88 kann allerdings auch die Schuld des Mitübernehmers im Einzelfall akzessorisch sein.

(43) Vgl. BGE 37 II 185, 65 II 33.

(44) Gilliéron S. 57.

(45) Larenz Methodenlehre S. 362.

(46) Bär S. 13; a.A. Kleiner S. 40.

stellung des (häufig fremdnützigen) Sicherungsgebers zu dessen Schonung derjenigen des Hauptschuldners anzugleichen, soweit der Sicherungszweck dies zulässt (47). Angestrebt ist damit eine **Ueberschaubarkeit** und eine **Beschränkung** des übernommenen **Risikos** (48).

Die rechtshistorische Entwicklung hat diese Angleichung von Bürgenverpflichtung und Hauptschuld ständig weitergetrieben, allerdings ohne das Bedürfnis des Begünstigten nach **weitergehender Sicherung** aus der Welt zu schaffen. Ueberdies haftet solchen mit Schutznormen versehenen Sicherheiten eine gewisse Schwerfälligkeit an, die in der Dynamik der wirtschaftlichen Entwicklung häufig hinderlich ist (49). Entsprechend haben sich in der Rechtsfortbildung, namentlich der Geschäftsverkehrspraxis, Sicherungen etabliert, die **ausserhalb der traditionellen Sicherungsgeschäfte** stehen (50). Man mag dabei in gewissem Sinne an Umgehung gesetzlicher Modelle denken. Jedoch lassen sich solche Verlagerungen in den Geschäftsgewohnheiten nicht als Gesetzesumgehung erfassen und verbieten (51).

(47) Von Büren II S. 287.

(48) Wiegand S. 44.

(49) Vgl. Wiegand S. 38 f.

(50) Vgl. den Aufbau des FEDUCI-Kolloquiums Sûretés: Sûretés traditionnelles; sûretés issues de la pratique.

(51) Schürmann SJZ 45 (1949) S. 202.

II. Der Bürgschaftsbegriff von Art. 492 Abs. 1 OR (52)

1. Klassenlogischer Begriff ?

Wie erwähnt geht Kleiner davon aus, dass die Sicherung einer Schuldpflicht stets Bürgschaft und damit akzessorisch ist. Für sich hat diese Auffassung den Wortlaut der gesetzlichen Begriffsbestimmung. Allerdings bedingt eine solche Folgerung, dass diese gesetzliche Begriffsbestimmung als klassenlogische (53) aufgefasst wird, die eine selbständige Sicherungsverpflichtung nur zulässt, wenn dadurch die **Erfüllung einer fremden Schuld** zumindest nicht primär, sondern allenfalls **nur im Effekt** gesichert ist (54).

Für einen klassenlogischen Bürgschaftsbegriff von Art. 492 Abs. 1 OR könnte auf den ersten Blick sprechen, dass der Gesetzgeber den **Bürgen als schutzbedürftig** betrachtet und

-
- (52) Art. 492 aOR und der Entwurf des BR umfassten unter der Marginalie "Begriff" nur diesen nachmaligen Absatz 1 (BBl 1939 II S. 900). Von der gleichen Annahme gingen in der Folge auch NR und StR aus (vgl. z.B. Sten Bull 1939 NR S. 70; StR S. 393).
- (53) Klassenlogischer Begriff besagt, dass das Vertragstypenrecht jeden konkreten Einzelvertrag beschlägt, der sich unter die Legaldefinition subsumieren lässt. Theoretisch lässt sich von jedem Einzelvertrag sagen, ob er unter die Legaldefinition falle oder nicht, Schluep S. 789.
- (54) Kleiner S. 42; ähnlich auch Scyboz S. 387. - Eine streng durchgeführte klassenlogische Konzeption würde allerdings auch in jener Konstellation zur Anwendbarkeit des Bürgschaftsrechtes führen, in welcher den Parteien nur auch an diesem Effekt gelegen ist, d.h. er nicht rein unbeabsichtigt wäre (vgl. auch den Grundsatz des Vorranges zwingender Vorschriften, Guhl/Merz/Kummer S. 294). Huber S. 52 f weist denn auch darauf hin, dass sich die "bürgschaftsähnliche Garantie" (zum Begriff Kleiner S. 36 f; kritisch dazu Dohm N 72 FN 43) unter logischen Gesichtspunkten unter Art. 492 Abs. 1 subsumieren lasse, andererseits aber auch jede Bürgschaft unter den Garantiebegriff des Art. 111 OR. - Vgl. auch Schinnerer/Avancini II S. 292 N 69.

deshalb seine Rechtsstellung weitgehend zwingend ausgestaltet hat. Soll die Verwirklichung dieses Schutzgedankens nicht allzuhäufig ins Leere stossen, muss deshalb - unter Umständen auch unter Korrektur des erklärten Vertragswillens - Bürgschaftsrecht anwendbar bleiben, wenn nur ein Interzendent in relativ weitem Sinne eine Verpflichtung "von der Art der Bürgschaft" (55) eingegangen ist. Uebereinstimmung der Vereinbarung mit der positivrechtlichen Ausgestaltung der Bürgschaft kann dabei auf jeden Fall nicht entscheidend sein, erst recht nicht das Bewusstsein, dass die Verpflichtung Bürgschaft darstellt (56). Dem Willen der Parteien sind eben generell-abstrakte **Schranken** gesetzt, wie sich derjenige Interzendent verpflichten kann, dem das Gesetz seine Schutzbestimmungen zugute kommen lassen will.

Auch stünde dem Gesetzgeber grundsätzlich die Möglichkeit offen, durch **begriffliche Fixierung des Anwendungsbereichs** zwingender Normen auch alle atypischen Vertragsgestaltungen zu überdachen, "das freilich um den hohen Preis, dem konkreten Vertrag in anderen Bereichen eine unangemessene Ergänzungsordnung aufzuzwingen" (57).

Für das **Bürgschaftsrecht** trifft eine solche Intention des Gesetzgebers indes nicht zu. Gutzwiller hat anhand der Materialien überzeugend nachgewiesen, dass der Gesetzgeber von Anbeginn die Möglichkeit eines Ausweichens auf andere Vertragstypen mit ähnlichem oder gleichem Effekt erkannt und **in Kauf genommen** hat. Auch wurde Art. 18 OR als genügende Handhabe zur Verhinderung eigentlicher Umgehungen betrachtet (58).

(55) Giovanoli N 4 zu OR 492.

(56) Vgl. Jäggi/Gauch N 21 zu OR 18 m.w.N.

(57) Schluep S. 794.

(58) Gutzwiller ZSR 1984 S. 127 f.

2. Der Bürgschaftsbegriff als Typenbeschreibung

Nach neuerer Konzeption ist generell auch der Anwendungsbereich zwingenden Vertragsrechts "typologisch" (59) zu ergründen, da es seine "Schutzfunktion vermutungsweise im Blick auf den Normalfall" erfüllt. "Weicht der konkrete Vertrag vom Normalfall (Typus) ab, so ist allemal neu zu fragen, ob die Abweichung die 'Schutzbedürftigkeitlage' verändere oder nicht" (60). Auf jeden Fall wurde von allem Anfang an erkannt, dass die Begriffsbestimmung von Art. 492 Abs. 1 OR **"im Zusammenhang mit den übrigen Vorschriften des Bürgschaftsrechts verstanden werden muss"** (61).

In diesem Sinne ist in der Typenbeschreibung von Art. 492 Abs. 1 OR nur ein Teil der "typischen Bürgschaft" umschrieben, nämlich der wirtschaftliche Sachverhalt, der einer Bürgschaftsverpflichtung zugrunde liegt. Soweit könnte man von der **"technischen Bürgschaftssituation"** sprechen; unzweifelhaft ist diese **ein** Anknüpfungskriterium für die Anwendbarkeit des Gesetzesrechtes.

Die Ausführlichkeit wie die Art der Regelung zeigt aber, dass der Gesetzgeber ebenso die Person des Interzedenten und die häufige Art des Zustandekommens solcher Verpflichtungen im

(59) "Typologisch" besagt, dass eine Legaldefinition einen Legaltypus nicht eigentlich definiert, sondern durch anschauliche Intuition beschreibt. Ob der konkret vorliegende Vertrag unter den Legaltypus fällt oder nicht, ist keine Frage der Subsumtion, sondern der "Zuordnung" unter Wertgesichtspunkten. Deshalb kann ein Vertrag klassenlogisch von der Legaldefinition gedeckt sein, typologisch aber nicht, Schluep S. 790.

(60) Schluep S. 793.

(61) Oser/Schönenberger N 3 zu OR 492. - Vgl. die erstaunliche Uebereinstimmung mit dem Typenbegriff von Arnold Koller, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Diss. Freiburg i.Ue. 1967, nach welchem der Typus aus dem Sinngehalt der einzelnen Normen (zurück-)gewonnen werden muss (S. 58).

Auge hatte. Der Gesetzgeber wollte nicht einen abstrakten wirtschaftlichen Vorgang erfassen, sondern einer auch volkswirtschaftlich bedrohlichen Situation entgegenwirken. Diese wurde nun nicht generell durch Verpflichtungen geschaffen, die sich unter die Begriffsbestimmung von Art. 492 Abs. 1 OR subsumieren lassen, sondern durch die besonders in Mittelstandskreisen zu häufige Verwendung der klassischen Bürgschaft zur Kreditsicherung. Wer sich für jemanden verbürgt, hat in aller Regel recht klare Vorstellungen über die Modalitäten seiner Verpflichtung, wenn allerdings auch nur allzu häufig die irrije, eine Inanspruchnahme sei sehr unwahrscheinlich, denn es handle sich um eine blosse Formsache (62). In diesem Sinne kann man von der **"rechtspolitischen Bürgschaftssituation"** sprechen; die gesetzliche Regelung zeigt, dass vorab dieser normativer Schutzobjektcharakter zukommt.

Gerade der Gesetzgeber der am 1.7.1942 in Kraft getretenen Novelle des 20. Titels des OR stand unter dem Eindruck einer eigentlichen **"Bürgschaftskrise"** (63) im Gefolge der wirtschaftlichen Depression der Vorjahre. Die Bürgschaft, und zwar die "typische", die keine Abgrenzungsprobleme bietet, war allzuviel verwendet worden (64) und bot zuwenig psychologische Hemmungen. Deshalb sollte der angestrebte Erfolg - die Kreditaufnahme im weitesten Sinne - zwar nicht verpönt, aber, soweit sie in dieser Rechtsform erfolgt, ein weiteres Mal erschwert werden (65).

(62) Scyboz S. 349 f.

(63) Sten Bull 1940 NR S. 60.

(64) Ohne diese "institutionelle" Krise wäre den Gerichten auch die Möglichkeit offen gestanden, das Vorliegen einer verpflichtenden Erklärung von strengeren Voraussetzungen abhängig zu machen; ein Weg, den z.B. die österreichischen Gerichte gegangen sind, vgl. Schinnerer/Avancini II S. 286 mit den Nachweisen in N 25 f.

(65) Schürmann SJZ 45 (1949) S. 202.

Diese Gesetzesnovelle verfügte u.a. nochmals verschärfte Formvorschriften sowie eine generelle Unabdingbarkeitsklausel für Schutzbestimmungen zugunsten des Bürgen (66). Allerdings haben im Ergebnis gerade auch die **"überzogenen" Formvorschriften** zugunsten des Bürgen - eigentlich im Widerspruch zu den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers - zur Anerkennung von Sicherungsverpflichtungen geführt, die an sich dem Bürgschaftsrecht unterstehen könnten, ihm aber nach der Gerichtspraxis nicht unterstehen (67).

III. Zulässigkeit selbständiger Forderungssicherung

Ob eine typologische Betrachtungsweise generell hilfreich sein kann, um zu einer sinnvollen Systematik der Personalsicherheiten zu gelangen, kann dahingestellt bleiben (68). Jedoch zeigt die Gerichtspraxis deutlich, dass Art. 492 Abs. 1 OR nicht als klassenlogische Begriffsbestimmung, sondern als Typenbeschreibung aufgefasst wird und dass entsprechend Bürgschaftsrecht nicht stets anwendbar ist, wenn "für die Erfüllung der Schuld" eingestanden wird. Sogar das Gesetz selber stellt mit dem Wechselaval einen anderen Vertragstypus zur Verfügung, wenn die Beteiligten wirtschaftlich gewöhnliche Bürgschaftszwecke verfolgen wollen (69). Die Sicherung einer Schuldpflicht ist **nicht Reservat des Bürgschaftsrechtes** (70).

(66) Scyboz S. 351.

(67) Bucher S. 217.

(68) Im Gesellschaftsrecht wird davon ausgegangen, dass die typologische Betrachtungsweise für die Rechtspraxis von geringer Bedeutung sei, vgl. Peter Forstmoser, Schweiz. Aktienrecht, Zürich 1981 Band I S. 57 und 61 m.w.N.; ausdrücklich im Hinblick auf die Lösung eines bestimmten Schutzproblems Horn NJW 1980 S. 2155 bei N 25.

(69) BGE 79 II 84.

(70) Giovanoli N 13a zu OR 492.

Damit ist nochmals auf die Theorie Kleiners vom vor-positiv-rechtlichen Gegensatz zwischen akzessorischer und selbständiger Sicherungsverpflichtung zurückzukommen. Es lässt sich zwar in der Tat grundsätzlich eine begriffliche Unterscheidung zwischen Bürgschaft und Garantievertrag i.e.S. aufrechterhalten (71). Hingegen kann ausschliesslich von diesem Ausgangspunkt aus das Verhältnis zwischen akzessorischer und selbständiger Sicherheit nicht bestimmt werden. Was Kleiner mit seinen Ausführungen nachzuweisen trachtet, ist m.E. lediglich, dass es entgegen der damals h.A. auch im Bankgeschäft neben akzessorischen auch selbständige Sicherungsverpflichtungen gibt. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass eine solche auch einen Garantievertrag i.e.S. darstellt, denn unter einer **selbständigen** Sicherungsverpflichtung ist zunächst nur zu verstehen, dass **nicht Bürgschaftsrecht** auf sie **anwendbar** ist (72).

Das Verhältnis zwischen Garantievertrag und Bürgschaft in seiner Argumentation an so zentrale Stelle zu setzen, rechtfertigt Kleiner u.a. auch damit, dass sich die Personalsicherheiten des schweizerischen Rechts aus dem mittelalterlichen Sammelbegriff der promissio indemnitis entwickelt haben. Die Abspaltung einzelner Arten von Sicherungsgeschäften (namentlich der Bürgschaft) habe die Garantie als **benanntes Restprodukt** übriggelassen (73). Was nicht unter eine "abgespaltene" Spezies eines besonderen Sicherungsvertrages falle, habe deshalb als Garantie zu gelten (74).

Rechtshistorisch mag diese Auffassung durchaus ihre Richtigkeit haben; sie übersieht aber, dass inzwischen auch die Garantie typologisch in einer Art und Weise aufgearbeitet worden ist (75), die nicht mehr eigentlich erlaubt, von einem Restprodukt zu sprechen, sondern eben von einem Innominats-Vertragstypus **"Garantievertrag"** (76).

(71) Vgl. auch BGE 79 II 82.

(72) Vgl. BGE 101 II 328.

(73) Kleiner S. 123 unter Berufung auf Stammler.

(74) Vgl. auch Kleiner S. 134.

(75) Vgl. den Titel "zur Typologie" (des Garantievertrages) bei Scyboz S. 323.

Dieser Vertragstypus hat nun seine **spezifischen Merkmale**, namentlich das Entstehen für eine (auch) nichtgeschuldete Leistung. Gerade die voranstehende Analyse der Bankgarantie zeigt aber, dass eine selbständige Sicherung auch vereinbart werden kann, um damit **andere Zwecke** zu erreichen. Das heisst zwar noch nicht, dass der Gesetzgeber solche Absichten auch schützt, es zeigt hingegen, dass allein die Aufarbeitung des Garantievertrages i.e.S. nicht alle denkbaren selbständigen Sicherungsverpflichtungen abdeckt.

Es ist nun bezeichnend, dass das Bg nur selten auf das Fehlen der "technischen Bürgschaftssituation" abstellt, wenn es zum Ergebnis kommt, es liege in concreto keine Bürgschaft vor. So geht es in der Beurteilung von Sicherungsverpflichtungen mit unklarem Wortlaut, die ein konkretes Schuldverhältnis zum Grundverhältnis haben, wohl vereinzelt von einer Verpflichtung des Promittenten aus, die "weiter oder auf etwas anderes" gehe als diejenige des Hauptschuldners (77), namentlich von einem Entstehen für den Bestand der Forderung. Bemerkenswert ist aber, dass sogar in einem klassischen Garantieentscheid des Bg (78) sich der beklagte Promittent nicht etwa auf das **Dahinfallen der Leistungspflicht** des Hauptschuldners berufen hat, sondern auf **Formnichtigkeit** seiner Verpflichtung wegen Verletzung von Art. 493 aOR. M.E. dürfte die von Bär (79) geäusserte Vermutung noch heute zutreffen, eigentliche Garantieverträge seien seltene Erscheinungen (80).

Auch in anderen Entscheiden, in denen die Anwendbarkeit des Bürgschaftsrechtes verneint wird, **erwähnt** zwar das Bg die Möglichkeit einer Verpflichtung des Promittenten, die "weiter

(76) Aus diesem Grunde vertritt auch die Überwiegende Zahl der Autoren die Auffassung, der Garantievertrag gehöre eigentlich in den Besonderen Teil des Obligationenrechtes, vgl. Scyboz S. 325 und dort Zit.

(77) BGE 75 II 51.

(78) BGE 75 II 49 ff.

(79) Bär S. 55.

(80) A.A. Kleiner S. 67.

oder auf etwas anderes" geht. Im übrigen wird aber ganz auf das **Eigeninteresse** des Promittenten am abgesicherten Sachverhalt abgestellt. Wenn ein solches in genügender Intensität gegeben sei, könne sogar **dahingestellt** bleiben, ob die Sicherungsverpflichtung als Garantievertrag oder als kumulative Mitverpflichtung aufzufassen sei (81).

Weil nur einer bestehenden Schuld beigetreten werden kann und die Mitverpflichtung von deren Bestand abhängig ist, heisst das nichts anderes, als dass es dem Bg nicht auf die "technische Bürgschaftssituation" ankommt. Vielmehr wird auf das Fehlen der "**rechtspolitischen Bürgschaftssituation**" abgestellt, die allein die Anwendbarkeit der Schutzbestimmungen des Bürgschaftsrechtes rechtfertigen würde (82).

Obwohl auch Kleiner es unternimmt, den Garantievertrag von allen nur irgendwie in Frage kommenden Rechtsgeschäften abzugrenzen (83), bleiben gerade seine grundsätzlichen Ausführungen allzusehr vom begrifflichen Unterschied zwischen Garantievertrag und Bürgschaft geprägt. In der ebenso bedeutsamen Abgrenzung der akzessorischen gegenüber anderen selbständigen Sicherungsverpflichtungen, namentlich der **kumulativen Schuldübernahme** (84), bleibt hingegen die Bemerkung unwiderlegt, dass die bisherigen Versuche einer Abgrenzung "eher davon überzeugen, dass schon auf abstrakter Ebene eine **operationale Unterscheidung** nicht möglich ist" (85).

(81) BGE 101 II 328.

(82) Vgl. die (berechtigte) Kritik von Bürens I S. 350 an BGE 39 II 772, aber auch nachf. N 102 zu BGE 111 II 276.

(83) Etwas weitgehend wohl S. 102.

(84) Der Schuldbeitritt ist nicht nur Sicherungsgeschäft im vorne (S. 17 f) umschriebenen Sinn, sondern häufig ausschliesslich zu Sicherungszwecken vereinbart, vgl. etwa den Tatbestand von BGE 81 II 525, allerdings auch nachf. N 102 zu BGE 111 II 276. - Im übrigen geht auch der Begriff "Solidarbürgschaft" auf die Vorstellung des Schuldbeitrittes zurück, Bucher S. 224.

(85) Esser/Weyers S. 312. - Dogmatisch wird die Unterscheidung im Rechtsgrund getroffen: causa der persönlichen Sicherheiten ist die Sicherung (Scyboz S. 343, Kleiner S. 114, Larenz Allgemeiner Teil S. 296, Soergel/Schmidt N 29 vor § 765 BGB), der Schuldmitübernehmer haftet dem-

Es bedarf keiner pessimistischen Sicht, um zur Erkenntnis zu gelangen, dass der Anwendungsbereich des Bürgschaftsrechtes de lege lata heikel, das Verhältnis der Bürgschaft zu ähnlichen Vertragstatbeständen "verwirrt" (86) bleiben wird. Trotzdem besteht angesichts zwingenden Rechts ein Bedürfnis, ja gar eine Notwendigkeit zur **Typisierung**, da nur im Blick auf **solche Verträge** (und nie aus einer Problemlage des konkreten Einzelfalles) zu erkennen ist, ob und welche Schutznormen zu setzen bzw. aufrechtzuerhalten sind (87).

Dabei stellt sich die Schwierigkeit, dass einerseits nicht nur auf das Vorhandensein oder das Fehlen der "technischen Bürgschaftssituation" abgestellt werden kann, andererseits sich aber die "rechtspolitische Bürgschaftssituation" weitgehend einer generell-abstrakten Erfassung entzieht. Entsprechend gross ist die Gefahr, dass der Rechtsanwender mit der **Fiktion** einer Verpflichtung arbeitet, die "weiter oder auf etwas anderes" gehen soll als diejenige des Hauptschuldners (88).

gegenüber aus gleichartiger causa wie der Urschuldner (Reichel S. 180, von Büren I S. 349 f, Kleiner S. 114, Scyboz S. 343). Ob eine einheitliche causa vorliegt, wird danach bestimmt, ob neben dem Sicherungsinteresse ein eigentliches Schuldinteresse des Interzedenten besteht (von Büren I S. 349). Da aber ein allfälliges Eigeninteresse auch einer persönlichen Sicherheit i.e.S. nicht entgegensteht (Giovanoli N 29 und Oser/Schönenberger N 50 zu OR 492), lässt sich nur aufgrund einer Wertung bestimmen, ob dieses als causa oder als davon zu unterscheidendes (Larenz Allgemeiner Teil S. 396) blosses Motiv zu gelten hat.

(86) Spiro S. 98; vgl. auch nachf. N 102.

(87) Schluep S. 794.

(88) Vgl. die bei Huber S. 52 ff angesprochene Kreditsicherung: Wie soll z.B. im Inlandgeschäft ein Kreditnehmer, der die vertragstypische Leistung erhalten hat, von seiner Rückzahlungspflicht befreit werden, nachdem "das Schuldrecht ... allen Boden verlieren" würde, "wenn nicht eisern der Satz bestünde, dass man Geld schlechtweg zu haben hat" (von Büren I S. 392) ? Immerhin führt aber BGE 101 II 327 - allerdings ohne Begründung - aus, im dort zu beurteilenden Fall wäre es "nicht sinnvoll gewesen, die Verpflichtung des Beklagten vom Bestand der

Ungelöst ist insbesondere die Frage, wie weit sich der Begünstigte um die **Beweggründe** des Promittenten zu kümmern braucht (88a), d.h. wann er in seinem "restlosen Vertrauen" zu schützen sei, eine selbständige Sicherheit in Händen zu haben (89), sogar wenn er sich bewusst sein muss, dass der Promittent nur das Insolvenzrisiko des Hauptschuldners übernehmen wollte.

Das Bg deutet zwar die Legitimität der Absicht an, dem Begünstigten "**eine stärkere Stellung**" zu verschaffen (90). Jedoch wird diese praktische Wirksamkeit, die der Verpflichtung von den Parteien zugedacht war (91), lediglich als **Effekt eines Garantievertrages i.e.S.** explizit anerkannt, unter welchem sich der Promittent daneben "weiter oder auf etwas anderes" verpflichtet als der Dritte.

Im **Widerspruch** zu einer generellen **Anerkennung einer Liquiditätssicherung** (92) steht denn auch ein kantonaler Entscheid (93): Wenn der Promittent bloss die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners sicherstelle, liege Bürgschaft - in concreto gar einfache Bürgschaft - vor, obwohl vom Promittenten ein Eigenwechsel begeben wurde. Das Interesse des Begünstigten an einer sofort realisierbaren Sicherheit (Wechselbetreibung !) muss nach dem Gericht offensichtlich zurücktreten gegenüber dem Rechtsgrund der Wechselverpflichtung, der als

Darlehensschuld abhängig zu machen". - Vgl. zu ähnlichen Versuchen einer begriffsjuristischen Argumentationsweise im Fahrnispfandrecht Wiegand ZBJV 116 (1980) S. 550 m.w.N.

(88a) Vgl. auch nachf. N 102.

(89) Vgl. Reichwein SJZ 52 (1956) S. 376. - Grundsätzlich muss das Vertrauensprinzip gegenüber zwingenden Schutzbestimmungen zurücktreten, Schluep S. 794.

(90) BGE 75 II 52.

(91) BGE a.a.O.

(92) Von Westphalen S. 39.

(93) SJ 1980 p. 479. - Das Ergebnis wie die Begründung dieses Entscheides vermögen allerdings nicht zu überzeugen.

Rechtsgeschäft zwingenden - in diesem Zusammenhang inhaltlichen - gesetzlichen Bestimmungen unterworfen ist. Der Promittent könne deshalb dem Gläubiger sämtliche Einreden des Hauptschuldners entgegensetzen; der Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung wurde entsprechend bewilligt.

Gerade im modernen Wirtschaftsverkehr dürfte zwar das **Bedürfnis ausgewiesen** sein nach Forderungssicherungen, die weder den formellen noch den inhaltlichen Bestimmungen des Bürgschaftsrechtes unterworfen sind (94). Dennoch kann m.E. de lege lata allein ein Verpflichtungstext, der zweifelsfrei den Willen zu einer selbständigen Sicherungsverpflichtung zum Ausdruck bringt, noch **nicht in jedem Fall** mit seiner Anerkennung als selbständige Sicherheit rechnen. Grundsätzlich ist zwar die freie Wahl unter den vom Gesetz zur Verfügung gestellten Vertragstypen gewährleistet (95). Ebenso ist Gutzwiller (96) zuzustimmen, wenn er schreibt, "extrem formuliert" könne "eine handlungsfähige juristische oder natürliche Person ... voraussetzungslos und ohne Wahrung besonderer Formvorschriften eine garantievertragliche Haftungserklärung abgeben". In dieser absoluten Formulierung trifft das aber nur zu, wenn eine solche im eigentlichen Sinne vorliegt.

So ist trotz Vorranges des Textes vor ergänzenden Mitteln (97) auch bei **völlig eindeutigen Vertragstext** eine Auslegung mit Hilfe **anderer Auslegungsmittel** zulässig (98). Ergeben

(94) Vgl. die überzeugenden Argumente von Gutzwiller ZSR 1984 S. 124 f.

(95) BGE 111 II 280, Karl Oftinger, die Vertragsfreiheit, in: Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht, Zürich 1948 S. 320.

So hat das Bg in BGE 79 II 80 die Wahlfreiheit zwischen Bürgschaft und Aval bestätigt, auch wenn die Parteien wirtschaftlich gewöhnliche Bürgschaftszwecke verfolgen (a.a.O. S. 84 und S. 86). Allerdings insistiert das Bg gerade in diesem Entscheid (S. 82) auf einem von der Bürgschaft begrifflich unterschiedenen Garantievertrag, womit eine Aussage über die Zulässigkeit selbständiger Forderungssicherung ausserhalb des Avals wiederum fehlt.

(96) Gutzwiller ZSR 1984 S. 130.

(97) Jäggi/Gauch N 369 zu OR 18 m.w.N.

(98) Kramer N 47 zu OR 18 m.w.N., entgegen BGE 99 II 282,

nun diese weiteren Umstände, dass in jeder Beziehung und für den Begünstigten erkennbar eine typische Bürgschaftssituation vorliegt, ist also der Promissar an sich typischer Bürge (ein Freund, ein Verwandter), der sich lediglich in einer selbständigen Formulierung verpflichtet hat (99), so kann und muss sich der Richter allenfalls nach sachlichen Kriterien (100) über den Wortlaut der Verpflichtung hinwegsetzen (101). Auch wenn die neuere Rechtsprechung des Bg die Tendenz erkennen lässt, die Wirksamkeit klarer Verpflichtungstexte weitgehend ungeachtet der weiteren Umstände anzuerkennen (102), würde der

101 II 329; allerdings nimmt BGE 111 II 288 (nachf. N 102) ausdrücklich auf letzteren BGE Bezug. - Vgl. auch Jäggi/Gauch N 226 zu OR 18: Die rechtliche Qualifikation eines Rechtsgeschäftes ("Garantie") ist dem Parteiwillen schlechthin entzogen (n.w.N.); ungenau in dieser Hinsicht Gutzwiller ZSR 1984 S. 123 N 8.

(99) Und sei es auch "auf erstes Anfordern, ohne Einrede und ohne Prüfung des Rechtsgrundes".

(100) Oftinger SJZ 38 (1941/42) S. 61; vgl. auch Gutzwiller ZSR 1984 S. 123 N 8.

(101) Vgl. auch von Caemmerer S. 306.

(102) In BGE 111 II 284 ff, in welchem der Passus "les personnes soussignées se reconnaissent débitrices solidaires du montant" zu beurteilen war, führt das Bg aus, wenn die Formulierung der Verpflichtung so klar und eindeutig sei, erübrige sich grundsätzlich eine vertieftere Auslegung ("une interprétation plus approfondie est superflue", a.a.O. S. 287 mit Nachweisen; vgl. aber vorstehend N 98). Die Regel, wonach für die Frage, ob Bürgschaft oder eine selbständige Sicherungsverpflichtung vorliege, auf den Zweck des Vertrages und auf das Eigeninteresse des Promittenten abzustellen sei, gelte nur, wenn der Verpflichtungstext unklar sei. Im zu entscheidenden Fall jedoch spreche der Wortlaut eindeutig für Schuldmitübernahme, und dem Gläubiger habe ein solcher auch nach den Umständen nicht ungewöhnlich erscheinen müssen. - Immerhin bleibt also der Nachweis eines vom klaren Wortlaut abweichenden übereinstimmenden wirklichen Willens, das Vorliegen allfälliger besonderer Umstände vorbehalten ("sauf circonstances particulières", a.a.O. E 2 l. Abs. a.E.).

Ebenso klar sei nach BGE 111 II 276 ff der Verpflichtungstext "il sottoscritto ... garante de buon fine dei pagamenti contrattuali"; wiederum sei deshalb das eigene Interesse des Promittenten nicht massgebend, und es liege nach dem Wortlaut eindeutig (formungültige) Bürgschaft vor. Das Bg bestätigt damit einmal die Auffassung der Doktrin (vgl. vorstehend N 85), auch wer ein eigenes

Verfasser auf jeden Fall etwa als für die Unverbrüchlichkeit der Kreditsicherung verantwortlicher Mitarbeiter einer Bank in solchen Fällen stets auf der Einhaltung der Formvorschriften des Bürgschaftsrechtes, oder allenfalls auf einem Wechselaval beharren.

Interesse am abgesicherten Schuldverhältnis habe, könne sich bloss verbürgen. Ebenso unzweifelhaft dürfte sein, dass im zu entscheidenden Fall - obwohl im Text von der "Leistung" (pagamenti) die Rede ist - nicht für den Bestand der abgesicherten Forderung eingestanden wird. Ist damit aber bereits auf Bürgschaft zu entscheiden? Das Bg meint ja: die Charakteristika des allenfalls noch in Frage kommenden Schuldbeitrittes seien in casu nicht gegeben. - Es ist möglich, dass das Bg damit einer Ueberdehnung des Begriffes des Schuldbeitrittes einen Riegel schieben wollte (was aber zu einer Einschränkung der Möglichkeit selbständiger Sicherungsverpflichtungen führen würde; vgl. vorstehend N 88). Jedoch drängt sich ein Vergleich mit dem in BGE 81 II 525 beurteilten Wortlaut auf. Diesen Entscheid erwähnt das Bg zwar ausdrücklich, erklärt aber, dessen Erwägungen liessen sich nicht auf den zu beurteilenden Fall übertragen, da diese das Verhältnis Bürgschaft - Schuldbeitritt und nicht dasjenige von Bürgschaft und Garantievertrag beträfen (BGE 111 II 279 f). Dieses "Beiseiteschieben" von BGE 81 II 525 vermag allerdings nicht ganz zu überzeugen, hatte doch das Bg dort ausgeführt, der Wortlaut "les soussignés ... se portent garants des obligations découlant ... du présent contrat" erlaube keinen sicheren Schluss auf die Art der gewollten Garantie. Entsprechend bestimmte das Bg die Rechtsnatur der Verpflichtung auf Grund des Zweckes des Geschäftes, stellte ein deutliches Schuldinteresse des Promittenten fest und entschied auf Schuldbeitritt. Es ist nicht einsichtig, warum der Wortlaut "... se portait garant de la bonne 'exécution des paiements contractuels'" in BGE 111 II 280 nun plötzlich so klar sein und Schuldbeitritt nicht in Frage kommen soll. - Vgl. auch die Besprechungen der beiden 111-er Entscheidungen in SAG 58 (1986) S. 129 und von Merz ZBJV 123 (1987) S. 211 f. - Angesichts der wenig überzeugenden Ordnung bleibt m.E. für den Praktiker die Unsicherheit, wann ein Gericht den "üblichen Einwand bei Mitverpflichtungen und Garantieerklärungen" (Merz a.a.O.) schützt, es liege formungültige Bürgschaft vor, und wann es eine selbständige Sicherungsverpflichtung annimmt, letztlich wohl weil eine "Behandlung als Bürgschaft überaus unbillig" (von Büren I S. 350) wäre. Wäre dann aber nicht "das Kind beim Namen nennen", wenn man die Berufung auf die Formvorschriften des Bürgschaftsrechtes - entgegen aller Regel (Giovanoli N 12 zu OR 493) - in casu als rechtsmissbräuchlich bezeichnet würde?

§ 8

BANKGARANTIE UND BANKBÜRGSCHAFT

I. Gemeinsamkeiten des Kautionsgeschäftes

1. Verpflichtung im Auftrag und auf Rechnung eines Bankkunden

Was in den Leistungsversprechen häufig ausdrücklich festgehalten ist, trifft regelmässig zu: die Bank verpflichtet sich im Auftrag und auf Rechnung eines Kunden. Dieser Kunde ist gleichzeitig am abgesicherten Rechtsverhältnis beteiligt, meist als **Schuldner der gesicherten Leistung** (1).

Aus dieser typischen Konstellation ergibt sich, dass die Bank mit ihrer Verpflichtung lediglich das **Insolvenzrisiko ihres Auftraggebers** übernimmt. Wenn die Bank zahlt, ist die damit vollzogene Vermögensverschiebung vom Auftraggeber geschuldet oder zumindest (bei Missbrauchsfällen) die Folge eines Risikos, das dieser Auftraggeber mit der Beschaffung der Sicherheit eingegangen ist (2). In diesem Sinn liegt stets die "technische Bürgschaftssituation" vor.

Weitere Risiken übernimmt die Bank mit ihrer Verpflichtung grundsätzlich **nicht**. Insbesondere sind allfällige andere Risiken, derentwegen die Bank ihre Aufwendungen allenfalls nicht erstattet erhält, die nämlichen, ob sie nun eine Bankgarantie oder eine Bankbürgschaft abgegeben hat (mangelhafte Auftragsabwicklung, Transferrisiko usw.).

(1) Zu den Ausnahmen vorne S. 63 ff.

(2) Vgl. von Westphalen S. 39 ff.

Damit lässt sich die erste Unterscheidung zwischen der Sicherungsverpflichtung einer Bank und derjenigen eines beliebigen Promittenten festhalten: die Beschränkung auf die Uebernahme allein des Insolvenzrisikos lässt sich im Kautionsgeschäft (3) **verallgemeinern**. Bei anderen Promittenten hingegen ergibt sich der Umfang des übernommenen Risikos häufig erst aus den weiteren Umständen.

2. Eventualverpflichtung

Bankgarantie wie Bankbürgschaft sind Eventualverpflichtungen und werden überdies nur ausnahmsweise in Anspruch genommen. Von den Beteiligten ist meist vorausgesetzt, dass die Zahlung aus der Kautionsverpflichtung nur erfolgen soll, wenn im abgesicherten Grundverhältnis eine Leistungsstörung eingetreten ist. Als definitive Vermögenszuweisung erfolgt die Zahlung zudem nur, wenn der Auftraggeber diese Leistungsstörung zu vertreten hat. Die Zahlung hat damit regelmässig den Charakter einer **Ersatzleistung als Folge einer Leistungsstörung im Grundverhältnis** (4).

3. Verpflichtung eines institutionellen Interzedenten

a) Kautionsgeschäft als Kreditgeschäft

Die Risiken der Bank aus einer Kautionsverpflichtung unterscheiden sich zunächst nicht wesentlich von den Risiken, denen ihr Kreditgeschäft generell ausgesetzt ist (5). Vom Kredit-

-
- (3) Allerdings nicht generell im Bankgeschäft, vgl. vorne S. 48 und S. 58 N 15.
 - (4) Zu den Ausnahmen vorne S. 97 N 51. - Sogar Bankbürgschaften werden in Einzelfällen zwecks ordnungsgemässer Erfüllung in Anspruch genommen.
 - (5) A.M. aber offensichtlich von Westphalen S. 36. Danach habe die Bank nicht nur - wie bei Krediten üblich - die Bonität des Garantie-Auftraggebers im Hinblick auf dessen Rückzahlungsverpflichtungen zu prüfen, besonders un-

standpunkt aus betrachtet besteht darüber hinaus auch **kein grundsätzlicher Unterschied** zwischen der Abgabe einer **Bankgarantie** und einer **Bankbürgschaft**. Eine Nuance besteht höchstens insofern, als das Risiko der missbräuchlichen Inanspruchnahme einer Bankgarantie nicht als klassisches Debitorenrisiko des Kreditnehmers bezeichnet werden kann. Ein solches zusätzliches Geschäftsrisiko des Kreditnehmers kann diesen derart in wirtschaftliche Schwierigkeiten bringen, dass auch die Bankkredite notleidend werden können. Jedoch sprengt dies nicht den Rahmen derjenigen Risiken, die bei der Kreditvergabe stets zu berücksichtigen sind (6).

b) Kreditprüfungsverfahren und Kreditformalitäten

Die Bank gewährt einen Kautionskredit nach Durchführung eines Kreditprüfungsverfahrens. Gewinnt sie dabei den Eindruck, ihr Auftraggeber gehe Verpflichtungen ein, die "in keinem Verhältnis zu seinen finanziellen Fähigkeiten" (7) stehen, so wird sie das Kreditgesuch **ablehnen** oder allenfalls **Sicherheiten** verlangen. Kredite an Private, mithin auch Kautionskredite

ter der Perspektive eines möglichen Insolvenzfalles. Im Unterschied dazu sei auch das technische Leistungsvermögen des Garantie-Auftraggebers zu berücksichtigen, weil massgeblich davon abhängt, ob die Garantie allenfalls in Anspruch genommen werde. - Dem ist entgegenzuhalten, dass die Zeiten vorbei sind, als sich die Kreditprüfung auf eine Prüfung der Beschaffenheit der Bilanzposten beschränken konnte. Ein kommerzieller Kredit - ausser vielleicht ein kurant gedeckter - lässt sich heute nicht mehr verantwortungsbewusst sprechen, ohne dass die mit dem Modewort der Innovationsfähigkeit eingefangene technische Leistungsfähigkeit des Kreditnehmers in die Überlegungen einbezogen wird.

- (6) Zu beachten ist allerdings, dass Bankgarantien angesichts der "Extend or pay"-Problematik (vgl. Dohm N. 182) für die Bank zu praktisch unbefristeten Engagements werden können. - Vgl. für die Bürgschaft auch Art. 510 Abs. 4 OR: dort besteht u.U. eine ähnliche Problematik.
- (7) Scyboz S. 350.

dite, werden im übrigen in der Regel nur gegen kurante Deckung gewährt. Uebersdies ist eine solche Kreditvergabe mit diversen **Formalitäten** verbunden.

Damit wiederum ein Unterschied zwischen der Verpflichtung einer Bank im Rahmen ihres Kautionsgeschäftes und der Verpflichtung eines beliebigen Promittenten: Bei der Bank kann und muss ein seriöses Kreditprüfungsverfahren und damit ein realistisches Abschätzen ihrer Risiken **vorausgesetzt** werden. Demgegenüber hat gerade die häufig **falsche Einschätzung** des Risikos einer Eventualverpflichtung durch einen nicht-institutionellen Interzedenten dazu geführt, dass die Bürgschaft zwingenden formellen und inhaltlichen Vorschriften unterworfen worden ist.

c) Fehlende Schutzbedürftigkeit

Die Frage der Schutzbedürftigkeit der Parteien hat der Richter modo legislatoris zu klären (Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB); man vermag nur im Blick auf **solche** Verträge (und nie aus einer Problemlage des konkreten Einzelfalls) zu erkennen, ob und welche Schutznormen zu setzen sind (8). Genau ein solches Vorgehen ist nun im Kautionsgeschäft der Bank möglich: Selbstverständlich kann die Bank auch eine akzessorische Sicherungsverpflichtung eingehen. Die tatsächliche oder nach Vertrauensprinzip vorauszusetzende Vorgehensweise der Bank rechtfertigt aber, in der Auslegung eines Leistungsversprechens ("Bankgarantie", "Bankbürgschaft") von der **"rechtspolitischen Bürgschaftssituation"** grundsätzlich **abzusehen**, zunächst, soweit diese die Schutzbestimmungen zugunsten des Interzedenten rechtfertigt.

Der regelmässige Rückgriff der Bank auf ihren Auftraggeber führt dazu, dass dieser von der Inanspruchnahme des Leistungsversprechens wirtschaftlich betroffen ist. In gewissem Sinne

(8) Schluep S. 794.

bleibt deshalb für ihn eine solche Eventualverpflichtung ein Geschäft "von besonderer Verfänglichkeit" (9). Dies gilt nun auch, wenn ein "typischer Gefälligkeitsbürge", statt selber zu bürgen, seine Bank mit der Abgabe eines Leistungsversprechens betraut. Entsprechend könnte bei solcher Konstellation die Frage aufgeworfen werden, ob nicht die Schutzbestimmungen des Bürgschaftsrechtes aufrechtzuerhalten sind, um damit den **Auftraggeber** der Bank zu schützen.

Jedoch kann davon mit gutem Grund **abgesehen** werden, denn die Kreditprüfung und die Kreditformalitäten haben einen ähnlich **"abschreckenden" Effekt** wie die Formvorschriften des Bürgschaftsrechtes (10). Praktisch auszuschliessen dürfte sogar sein, dass sich ein "Schutzbedürftiger" durch einen solchen Auftrag an die Bank über seine finanziellen Möglichkeiten verpflichten kann.

d) Kein Eigeninteresse der Bank

Gerade auch das Fehlen dieses sonst so zentralen Abgrenzungskriteriums (11) rechtfertigt, im Kautionsgeschäft für die Grenzziehung zwischen akzessorischer und selbständiger Sicherungsverpflichtung **andere sachgerechte Kriterien** zum Zuge kommen zu lassen.

4. Gleicher praktischer Ablauf bei klarer Verantwortlichkeit für eine Leistungsstörung

Die Praxis zeigt, dass in der Inanspruchnahme einer Kautionsverpflichtung dann kein wesentlicher Unterschied zwischen einer Bankgarantie und einer Bankbürgschaft besteht, wenn

(9) Von Büren II S. 287.

(10) Vgl. BGE 79 II 82 betr. den ähnlichen Effekt der verbreiteten "Wechselscheu", die unbedachte Avalverpflichtungen verhindern kann.

(11) Ausführlich Kleiner S. 60 ff m.w.N.

Klarheit darüber herrscht, wer eine Leistungsstörung im Grundverhältnis zu vertreten hat. Die Seriosität der Beteiligten vorausgesetzt, wird der dafür verantwortliche Begünstigte diesfalls trotz einer Leistungsstörung auf die Inanspruchnahme einer Bankgarantie auf erstes Anfordern **verzichten**, bzw. wird der dafür verantwortliche Auftraggeber die Bank sofort ausdrücklich **ermächtigen**, aus einer Bankbürgschaft Zahlung zu leisten.

5. Definitive Vermögenszuweisung bei Verantwortlichkeit des Auftraggebers

Unter dogmatischem Gesichtspunkt ist die Zahlung aus einer Kautionsverpflichtung für ihren Auftraggeber nur dann eine **Vermögensverminderung** im Rechtssinn (12), wenn er eine Leistungsstörung im Grundverhältnis zu **vertreten** hat. Erfolgt die Zahlung aus der Bankgarantie ohne eine solche Verantwortlichkeit des Auftraggebers, so gehört der entsprechende Rückforderungsanspruch gegenüber dem Begünstigten weiterhin zu seinem Vermögen, womit keine eigentliche Vermögensverminderung stattgefunden hat (13).

II. Besonderheiten der Auszahlung einer Bankgarantie

1. Zahlung auf erstes Anfordern

Die Bank verspricht, auf erstes Anfordern und ohne Erhebung von Einwendungen und Einreden zu zahlen, sobald der Begünstigte die Sicherheit, unter Vorlage allenfalls verlangter formeller Bestätigungen, in Anspruch nimmt.

(12) Zu diesem Begriff der Vermögensverminderung vgl. Peter Jäggi, vertragliche Schadenersatzforderung, in: FS W. Schönenberger, Freiburg i.Ue. 1968 S. 192.

(13) Für den Exporteur, der diesen Anspruch im entfernten Ausland durchsetzen muss, mag dies allerdings häufig ein schwacher Trost sein.

Obwohl in der Praxis die Bank ihren Auftraggeber in der Regel über die erfolgte Inanspruchnahme informiert (14), zahlt sie grundsätzlich sofort, das heisst innert weniger Tage, die der Bank zur formellen Ueberprüfung der Inanspruchnahme und zur Abwicklung der Zahlung einzuräumen sind (15). Nur bei klarem Rechtsmissbrauch des Begünstigten kann und muss die Bank die Auszahlung verweigern (16); sonst gilt der Grundsatz: "**erst zahlen, dann prozessieren**".

Von Westphalen (17) bezeichnet die Bankgarantie treffend als **Liquiditätssicherung**. Das heisst, dass sie für den Begünstigten praktisch wie bares Geld ist. Allerdings besagt die Parteivereinbarung (oder folgt allenfalls aus Art. 2 Abs. 1 ZGB), dass ihm der Zugriff auf die Sicherung nur erlaubt ist, wenn er in guten Treuen davon ausgehen kann, der Auftraggeber habe eine Leistungsstörung zu vertreten, und ihm, dem Begünstigten, stehe deshalb die abberufene Summe zu. Nach Treu und Glauben hat er also eine Inanspruchnahme stets zu unterlassen, wenn er zum vorneherein davon ausgehen muss, das Erhaltene wieder zurückerstatten zu müssen.

2. Umkehr der Parteirollen in der Auseinandersetzung über Leistungsstörungen

Die Abklärung der Verantwortlichkeit für Leistungsstörungen ist häufig sehr **langwierig** und für denjenigen, der aus der Leistungsstörung Ansprüche ableitet, mit erheblichen **Prozessrisiken** verbunden. Nach der gesetzlichen Ordnung muss

(14) Eine entsprechende Verpflichtung ist umstritten, wird aber allgemein verneint, vgl. Dohm N 193 m.w.N.

(15) Ebenso Dohm N 210; stenger von Westphalen S. 142 ff, der der Bank grundsätzlich nur einen Arbeitstag zubilligen will. - Dem Auftraggeber dient die Frist zudem u. U. dazu, Deckung anzuschaffen.

(16) Im einzelnen Dohm N 225 ff.

(17) Von Westphalen S. 39.

der (Nicht-) **Empfänger** einer nicht vertragskonformen oder ausgebliebenen Leistung die ihm zustehenden vertraglichen oder gesetzlichen Ansprüche gegenüber seinem Vertragspartner **durchsetzen** (18). Diese Rollenverteilung **kehrt die Bankgarantie um**. Der - auch nur vermeintliche - Anspruch des Leistungsempfängers aus einer Leistungsstörung wird sofort und ohne weitere Prüfung befriedigt. Entsprechend muss der Auftraggeber gegen den Begünstigten - allenfalls gerichtlich - vorgehen, wenn er der Auffassung ist, es sei gar keine Leistungsstörung eingetreten, oder er habe sie - allenfalls in diesem Umfang - nicht zu vertreten.

Unberührt davon bleibt - zumindest nach schweizerischem Recht (19) - allerdings die **Beweislast**: weil diese von der Parteirolle unabhängig ist (20), führt die Umkehr der letzteren nicht auch zu einer Umkehr der Beweislast in der nachträglichen Auseinandersetzung im Grundverhältnis (21). Der Begünstigte hat dank der Bankgarantie reinen **Besitzvorteil** (22).

3. Keine definitive Vermögenszuweisung

Die Bankgarantie schafft keinen Anspruch des Begünstigten auf eine definitive Ersatzzahlung, wenn nur schon die erwartete

(18) Vgl. von Westphalen S. 32.

(19) Ebenso für das französische Recht Dubuisson FEDUCI Garanties S. 180; anders offensichtlich Hein im Abstract und insbesondere S. 46 und S. 102.

(20) Kummer N 214 zu ZGB 8, Guldener S. 325 N 42.

(21) Von einer Umkehr der Beweislast kann hingegen für die Inanspruchnahme der Bankgarantie im Verhältnis Bank-Begünstigter die Rede sein: dort hat die Bank den Rechtsmissbrauch zu beweisen, Dohm N 101, Kleiner S. 150, Roesle S. 84. Nicht unrichtig, aber m.E. leicht missverständlich die Aussage, die Bankgarantie sei beweisabstrakt.

(22) Horn NJW 1980 S. 2158. Von "Verschiebefunktion" spricht Mülbert S. 63 und in ZIP 1985 S. 1102.

Leistung - aus welchen Gründen auch immer - ausgeblieben ist. Was dem Begünstigten von seinem Vertragspartner geschuldet ist, ergibt sich allein aus dem **Grundverhältnis**, und diese grundvertragliche Verpflichtung des Auftraggebers wird durch die Pflicht zur Beschaffung einer Bankgarantie nicht erweitert. Ihm wird "lediglich" die Klägerrolle in der Auseinandersetzung über Leistungsstörungen aufgebürdet.

Weil im Zeitpunkt, wo die Bankgarantie in Anspruch genommen wird, die Verantwortlichkeiten für eine Leistungsstörung noch nicht eingehend abgeklärt sind, erfolgt die Zuwendung vermungsweise nicht als definitive Vermögenszuweisung. Das heisst: zwar ist die Zahlung im Verhältnis Bank-Begünstigter grundsätzlich definitiv. Vom Auftraggeber hingegen muss sich der Begünstigte stets die **Vorläufigkeit der Zahlung** entgegenhalten lassen (23). Denn der Zweck der "denkbar stärksten Rechtsposition" ist nicht, dem Begünstigten das Recht einzuräumen, den Eintritt und die Relevanz einer Leistungsstörung sowie die Verantwortlichkeit dafür einseitig (willkürlich!) zu bestimmen. Vielmehr soll damit nicht mehr als dem Begünstigten ein Besitzvorteil in der Auseinandersetzung über die Folgen von Leistungsstörungen verschafft werden (24).

(23) Ebenso Mülbart S. 62 und in ZIP 1985 S. 1102. - Diese Vorläufigkeit muss sich etwa auch der Zessionar entgegenhalten lassen, der sich die Ansprüche aus einer Bankgarantie abtreten lässt.

(24) In diesem Sinne ist nicht bloss die Abgabe einer Bankgarantie durch die Bank eine (Verpflichtungs-)Kreditvergabe der Bank an den Auftraggeber (von Westphalen S. 35). In gewissem Sinne ist die Bankgarantie auch eine Krediteinräumung ihres Auftraggebers an den Begünstigten. Diese unterscheidet sich von anderen Arten der Krediteinräumung (wie Anzahlungen, Gewährung von Zahlungsfristen) nicht in den Risiken, sondern im Anlass: sie erfolgt im Hinblick auf allfällige Leistungsstörungen. Darüber hinaus besteht die Krediteinräumung bis zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme lediglich in einer Eventualverpflichtung, und eine Auszahlung zulasten des Auftraggebers erfolgt erst, wenn eine Leistungsstörung behauptet ist.

Die Pflicht des Begünstigten, das unter einer Bankgarantie Erhaltene allenfalls wieder **zurückerstatten** zu müssen, ist damit nicht nur Ausfluss des Missbrauchsrisikos, mit welchem dieses Instrument behaftet ist. Vielmehr ist sie Bestandteil der von den Beteiligten vorausgesetzten Funktionsweise und damit des **Wesens** der Bankgarantie.

In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die Bankgarantie das früher Übliche **Bardepot** (25) abgelöst hat. Der Nachteil des Bardepots bestand vorab darin, dass damit der Sicherungspflichtige allenfalls unter hohen Kosten **liquide Mittel binden** musste. Mit dem Aufkommen der Bankgarantie wurde nun seine Stellung erleichtert: bis zum Zeitpunkt der Abberufung der Bankgarantie besteht die Sicherheit in der bedeutend kostengünstigeren Eventualverpflichtung einer Bank.

Tritt allerdings eine **Leistungsstörung** ein und ist der Begünstigte der Auffassung, der Sicherungspflichtige habe diese zu vertreten, erfolgt Zahlung nach blosser Abberufung der Bankgarantie. Diese Zahlung kann nun ihrerseits als Errichtung eines Bardepots aufgefasst werden, was impliziert, dass dadurch keine definitive Vermögenszuweisung erfolgt.

4. Gegenstand des Rückforderungsprozesses

Die vorstehenden Ueberlegungen zum Verhältnis der Bankgarantie zum Bardepot erscheinen angezeigt, um den Gegenstand eines allfälligen Rückforderungsprozesses zwischen Auftraggeber und Begünstigtem zu bestimmen. In der Klage auf Freigabe eines Bardepots steht nicht in Frage, ob dieses zu Recht errichtet wurde, sondern ob noch ein Anspruch auf Sicherstellung besteht, und insbesondere ob infolge der Verwirklichung eines abgesicherten Risikos dem Sicherungsbegünstigten ein **Anspruch auf eine Ersatzleistung** entstanden ist.

(25) Vgl. vorne S. 22.

In gleicher Weise ist auch die Rechtsfrage eines Prozesses auf **Rückerstattung einer Zahlung aus einer Bankgarantie** - ausser in Missbrauchsfällen (26) - nicht etwa, ob die Leistung der Bank zu Recht oder zu Unrecht erfolgt sei. Die Inanspruchnahme der Bankgarantie erfolgte auch dann vereinbarungsgemäss, und die Vorleistung von Ersatzzahlungen war vom Auftraggeber auch dann geschuldet, wenn es nachträglich zu einer Rückerstattung des Erhaltenen wegen fehlender Verantwortlichkeit des Auftraggebers kommt.

Materieller Gegenstand der Rückforderungsklage ist deshalb die Frage, wie eine **Leistungsstörung** nach Massgabe des **Grundverhältnisses** (Vertrag, anwendbares Recht) **zu beurteilen** ist, und wer aus der Leistungsstörung welche vermögensrelevanten Folgen zu tragen hat. Dies bestätigt, dass die Frage der **Beweislast** unberührt bleibt: Der Begünstigte hat nachzuweisen, dass eine Leistungsstörung erfolgt, allenfalls, dass ihm dieser Schaden entstanden ist. Der Auftraggeber kann daraufhin z.B. einwenden, die Vertragsstörung sei auf höhere Gewalt zurückzuführen, was ihn entlaste. Dann hat der Begünstigte nachzuweisen, man habe die Folgen höherer Gewalt anders geregelt als die dispositive gesetzliche Ordnung usw. (27).

Die nachfolgende allfällige Rückzahlung des (zuviel) Erhaltenen ist gewissermassen eine **Bereinigung der Besitzverhältnisse** nach Klärung der Verantwortlichkeit für Leistungsstörungen.

(26) Vgl. dazu OLG München WM 1985 S. 189.

(27) Vgl. auch Mühlbert ZIP 1985 S. 1109.

III. Besonderheiten der Auszahlung einer Bankbürgschaft

1. Zahlung nach den Modalitäten des Bürgschaftsrechts

Mit einer Bankbürgschaft verpflichtet sich die Bank ausdrücklich oder sinngemäss als Bürge gemäss Art. 492 ff OR. Damit behält sie sich das Recht vor, dem Begünstigten sämtliche Einreden entgegenzusetzen, die dem Hauptschuldner zustehen und die sich nicht auf die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners stützen (28). Gleichzeitig ist die Bank im Verhältnis zu ihrem Auftraggeber auch verpflichtet, dessen Einreden geltend zu machen; anderenfalls verliert sie ihren Rückgriff insoweit, als sie sich durch diese Einreden hätte befreien können, wenn sie nicht darzutun vermag, dass sie sie ohne ihr Verschulden nicht gekannt hat (29). Für den Begünstigten ist deshalb die Bankbürgschaft nicht Liquiditäts-, sondern **Solvenzversicherung** (30): ihm ist das Risiko abgenommen, dass sein Vertragspartner die geschuldete Leistung oder eine Ersatzleistung nicht zu erbringen vermag (31). Zahlung erfolgt nicht "auf erstes Anfordern", "ohne Prüfung des Rechtsgrundes", d.h. unter dem Vorbehalt einer Rückerstattungspflicht, sondern der Gläubiger soll nicht "Leistung fordern dürfen, nur um sie vielleicht wieder zurückgeben zu müssen" (32).

(28) Art. 502 Abs. 1 OR.

(29) Art. 502 Abs. 3 OR.

(30) Von Westphalen S. 39.

(31) Auch die Bürgschaft, insbesondere die solidarische, ist allerdings nicht reine Solvenzversicherung, da auch sie in Anspruch genommen werden kann, bevor, unter Umständen sogar ohne dass sich das Insolvenzrisiko des Hauptschuldners verwirklicht. Reine Solvenzversicherung ist die Schadlosbürgschaft Art. 495 Abs. 3 OR, die einige Autoren allerdings (zu Unrecht) dem Garantievertrag zuordnen, vgl. Scyboz S. 369 N 19 Abs.2 m.w.N.

(32) Von Büren II S. 287 N 5.

2. Auseinandersetzung im Grundverhältnis über Leistungsstörungen vor der Zahlung unter der Bankbürgschaft

Im praktischen Ablauf führt diese Rechtslage dazu, dass die Bank wiederum zunächst ihren Auftraggeber über eine erfolgte Inanspruchnahme der Bankbürgschaft informiert. Hingegen besteht eine entsprechende **Informationspflicht** und dient diese dazu, den Auftraggeber zur **Stellungnahme** und zur Bekanntgabe von Einwendungen gegen die Inanspruchnahme einzuladen.

Wenn die Bank die Erhebung von Einwendungen unterlässt, gefährdet sie damit ihren Aufwendungsanspruch lediglich, soweit sie die entsprechenden Einwendungen gekannt hat (Art. 502 Abs. 3 OR). Oder anders gewendet: der Auftraggeber kann nur verhindern, dass die Bank zu seinen Lasten zahlt, indem er seine **fehlende Leistungspflicht** aus einer tatsächlichen oder angeblichen Leistungsstörung im Grundverhältnis darlegt und **substantiiert**. Formell findet zwar eine Auseinandersetzung zwischen der Bank und dem Begünstigten statt über den Anspruch des letzteren aus der Bankbürgschaft (33). Materiell hingegen ist es eine Auseinandersetzung zwischen Auftraggeber und Begünstigtem über die Tragung der vermögensrelevanten Folgen von Leistungsstörungen im Grundverhältnis.

Entsprechend gestaltet sich auch der **Ablauf** dieser Auseinandersetzung. Der Auftraggeber hat sich Rechenschaft darüber abzulegen, wie gross seine Chancen sind, wenn er dem behaupteten Anspruch des Begünstigten widerspricht. Deshalb wird er je

(33) Kommt es zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung, so wird die Bank ihrem Auftraggeber den Streit verkünden. Dieser trägt das Prozessrisiko, soweit er sein Verschulden am Prozessausgang auf sich nehmen muss (Walder S. 171); konkret, soweit er Einwendungen nicht geltend machen lässt oder nicht zu ihrer Substantiierung beitragen kann. Diese Rechtslage deckt sich mit derjenigen von Art. 502 Abs. 3 OR.

nachdem entweder - allenfalls auch erst im Verlaufe der Auseinandersetzung - die Bank zur Zahlung unter der Bürgschaft **ermächtigen**, oder es auch auf eine **gerichtliche Auseinandersetzung** ankommen lassen.

Wie erwähnt unterscheiden sich Bankgarantie und Bankbürgschaft in ihrer praktischen Auswirkung dann wesentlich, wenn im Grundverhältnis strittig ist, wer eine Leistungsstörung zu vertreten hat. Bei der Bankgarantie gilt diesfalls die Formel "erst zahlen, dann prozessieren". Für die Bankbürgschaft lässt sich nun nach dem Gesagten die Formel umkehren, bei ihr gilt: **"erst prozessieren, dann bezahlt werden"**. Denn die Bank wird sich hüten, unter einer Bankbürgschaft Zahlung zu leisten, solange sie nicht vom Auftraggeber dazu ermächtigt oder von einem Gericht dazu verpflichtet worden ist.

3. Stets definitive Vermögenszuweisung

Weil die Auseinandersetzung über die materielle Berechtigung **vor der Zahlung** unter einer Bankbürgschaft erfolgte, hat diese Zahlung grundsätzlich als definitive Vermögenszuweisung zu gelten. Rechtsgrundlose Zahlungen sind damit selbstverständlich nicht völlig auszuschliessen (z.B. fehlerhafte Abwicklung durch die Bank); nur hätte diesfalls derjenige die Grundlosigkeit nachzuweisen, der daraus einen Rückforderungsanspruch ableitet. Der Begünstigte kann sich demgegenüber auf die Vermutung berufen, er habe den Betrag von der Bank **als definitive Vermögenszuweisung** erhalten.

IV. Die Funktion von Akzessorietät und Selbständigkeit im Kautionsgeschäft der Bank

Im **allgemeinen** entscheidet die Akzessorietät bzw. Selbständigkeit einer Personalsicherheit vorab, welches Risiko der Promittent mit seiner Verpflichtung übernommen hat; d.h. die Folgen der Verwirklichung welcher Risiken er aus dem eigenen

Vermögen bestreiten muss. Ueberdies führt die Qualifikation eines Leistungsversprechens als akzessorisch zur Anwendbarkeit auch der formellen Schutzbestimmungen des Bürgschaftsrechtes. Selbständigkeit besagt strengere Haftung (und grösseres Risiko) des Promittenten, Akzessorietät hingegen beschränkt seine Einstandspflicht auf ein gesetzlich definiertes, relativ eingeschränktes Ausmass. Die Akzessorietät bzw. Selbständigkeit definiert somit in erster Linie die **Rechtsstellung des Promittenten**.

Im Kautionsgeschäft hingegen ist das von der Bank übernommene Risiko das **nämliche**, ob sie sich nun mit einer Bankgarantie oder einer Bankbürgschaft verpflichtet. Zwar vermag die Akzessorietät allenfalls auch ihr zu helfen, wenn die Solvenz ihres Auftraggebers und damit ihr Aufwendungsanspruch gefährdet ist. Hingegen gibt sie nicht zum vorneherein eine Bankbürgschaft ab, um damit ihr Risiko zu beschränken, bzw. verpflichtet sie sich selbständig, weil sie sich im Auftrag **dieses** Kunden aus Bonitätsüberlegungen stärker verpflichten kann. Die Bank bietet die Dienstleistung "Kautionen" jenen Kunden an, für welche nach ihrem Ermessen aus Kreditüberlegungen ein solches Engagement eingegangen werden kann. Ist hingegen diese Kreditwürdigkeit gegeben, so entscheiden die **Beteiligten am Grundverhältnis**, ob die Kautionsverpflichtung in Gestalt einer Bankbürgschaft oder einer Bankgarantie ergeht.

Der Ausschluss bzw. die Zulassung von Einwendungen aus dem abgesicherten Sachverhalt entscheidet mithin über die abwicklungstechnischen Modalitäten der **Sicherstellungspflicht des Hauptschuldners** im Grundverhältnis, nämlich über die Parteienrollen in einer allfälligen Auseinandersetzung im Grundverhältnis über Leistungsstörungen. Akzessorietät bzw. Selbständigkeit entscheiden darüber, wie der Zugriff auf die Sicherheit vonstatten gehen soll. Der Bank selber schadet weder die Selbständigkeit, noch nützt ihr die Akzessorietät ihrer Verpflichtung. Unter Uebernahme des Insolvenzrisikos ihres Auf-

traggebers gewährleistet sie lediglich die Modalitäten der im Grundverhältnis vereinbarten Sicherstellungspflicht.

Die Akzessorietät bzw. Selbständigkeit definiert also die **Rechtsstellung der Parteien des Grundverhältnisses** in der Auseinandersetzung über Leistungsstörungen. Die Bankgarantie räumt dabei dem Begünstigten die "denkbar stärkste Rechtsposition" ein. Muss hingegen der Hauptschuldner lediglich eine Bankbürgschaft verschaffen, so ist seine Sicherstellungspflicht vergleichsweise auf ein Minimum beschränkt.

Im folgenden § 9 wird zur Auslegung von Leistungsversprechen der Bank wesentlich darauf abgestellt, dass die mögliche Art der Sicherung **grundverhältnis-bezogen** und nicht promittenten-bezogen ist. Damit soll nicht allenfalls unerwünschtes Sonderrecht für Banken geschaffen werden. Gerade Personalsicherheiten sind neben dem Wortlaut der Verpflichtung auch unter Würdigung von Zweck und Umständen auszulegen (34). Damit ist aber auch den **spezifischen Gegebenheiten** des Kautionsgeschäftes der Bank Rechnung zu tragen. In diesem Sinne kann nun nicht ausser acht gelassen werden, wozu Akzessorietät und Selbständigkeit im Bankgeschäft typischerweise und im Unterschied zum allgemeinen Rechtsverkehr dienen. Nicht berührt ist mit einer solchen sachgerechten Behandlung der Grundsatz, dass das schweizerische Recht von einer Unterscheidung zwischen "bürgerlichem" und Handelsrecht absieht (35).

(34) Vgl. Giovanoli N 14a zu OR 492.

(35) Im einzelnen dazu Gutzwiller ZSR 1984 S. 129 m.w.N.

§ 9

ZUR AUSLEGUNG VON LEISTUNGSVERSPRECHEN DER BANK

I. Die Erörterung widersprüchlicher
Verpflichtungstexte in der Literatur

Im vorstehenden § 8 werden Rechtslage und praktische Wirkungsweise der verkehrstypischen Bankgarantie und der typischen, häufig formularmässigen Bankbürgschaft einander gegenübergestellt. Deren praktische Handhabung bietet heute im allgemeinen **keine Schwierigkeiten**.

In der Praxis zahlreicher, als die Literatur zur Bankgarantie annehmen lässt, sind jedoch **widersprüchliche Leistungsversprechen**, d.h. solche, die Textelemente sowohl einer selbständigen Bankgarantie wie auch einer akzessorischen Bankbürgschaft enthalten. Solche Verpflichtungen werden meist als **Bankgarantien mit Effektivklausel** (1) bezeichnet, weil deren Zahlbarkeit "auf erstes Anfordern" durch Klauseln in Frage gestellt ist, die auf das Erfordernis eines Nachweises der materiellen Berechtigung zur erfolgreichen Inanspruchnahme der Sicherheit deuten. Beispiele: "Zahlung auf erstes Anfordern, falls der Schaden eintritt"; "falls der Verkäufer seinen Lieferpflichten nicht nachkommt" (2). Wenn dabei schon umstritten ist, was als widersprüchlicher Text zu gelten hat (3), gehen die Meinungen erst recht auseinander, wie ein Leistungsversprechen auszulegen ist, dessen Widersprüchlichkeit erkannt ist.

(1) Von Westphalen S. 94 und S. 128, Dohm N 200 je m.w.N.

(2) Dohm N 200.

Theoretisch kann zwar (4) die Auslegung eines Leistungsversprechens auch zur Feststellung eines **Dissenses** führen. Ein solcher dürfte aber in der Praxis kaum je geltend gemacht werden (können). In aller Regel ist die rechtsgeschäftliche Bindung unbestritten, und es geht um einen reinen Auslegungstreit, in welchem der Richter, der an die Rechtsbegehren der Parteien gebunden ist, vom Zustandekommen des Vertrages auszugehen hat (5).

Die Verpflichtung aus einer typischen Bankgarantie ist grundsätzlich von **Tatsachen im abgesicherten Grundverhältnis** unabhängig (6). Man muss dabei sogar von einer qualifizierten Unabhängigkeit ausgehen, die etwa über diejenige des abstrakten Schuldversprechens des § 780 BGB hinausgeht (7). Auf der anderen Seite ist die Abhängigkeit einer Bürgschaftsverpflichtung von einem Sachverhalt im Grundverhältnis, nämlich der Leistungspflicht des Hauptschuldners, weitestgehend gewährleistet.

Im Prinzip kann der Grad solcher Abhängigkeit und reziproker Unabhängigkeit **beliebig** sein; auch eine Sicherungsver-

-
- (3) Die im Wortlaut identische Klausel "Wir, die ... Bank verpflichten uns hiermit, Ihnen einen Betrag von ... zu bezahlen für den Fall, dass die Firma XY in Z nicht spätestens am ... eine Turbine, Modell ..., in betriebsfertigem Zustand geliefert und montiert hat", ist für Kleiner (S. 44 f) eine Formulierung, die auf eine selbständige Sicherungsverpflichtung deutet. Nielsen (ZIP 1982 S. 256) hingegen bezeichnet sie als schädlich, weil sie der Garantie Bürgschaftscharakter zu geben scheine.
- (4) Zumindest, wenn bei einem Leistungsversprechen stets von einem Vertragstatbestand ausgegangen wird; anders u.U., wenn die Bankgarantie als einseitiges Rechtsgeschäft, z.B. als Anweisungstatbestand, aufgefasst wird.
- (5) Gauch/Schluep/Jäggi N 864 ff m.w.N. und 1. Aufl. N 554 ff; vgl. auch die Kontroverse zum reinen Auslegungstreit in SJZ 78 (1982) zwischen Keller (S. 126 ff), Gauch/Schluep (S. 230 ff und Zindel (S. 356 ff). - Wie im Kontext Dohm N 86; a.M. Kleiner S. 59.
- (6) Dohm N 98.
- (7) Liesecke WM 1968 S. 24.

pflichtung ist nicht entweder abhängig oder unabhängig vom abgesicherten Sachverhalt (8). Sogar ist der Grad dieser (Un-) Abhängigkeit ("Abstraktheit") für sich von geringem Interesse, solange er nicht im Hinblick auf eine bestimmte **Wirksamkeit** festgestellt werden soll.

Der Begünstigte einer selbständigen Bankgarantie hat nun lediglich zu behaupten, es sei im Grundverhältnis eine Leistungsstörung eingetreten, und der Auftraggeber habe diese zu vertreten. Nichts anderes als dieser Erlass eines **Nachweises der materiellen Berechtigung** wird mit dem Begriff der Selbständigkeit eingefangen. Wenn andererseits die bürgende Bank dem Begünstigten sämtliche Einwendungen des Hauptschuldners entgegenhalten kann und muss, so besagt Abhängigkeit in der praktischen Auswirkung, dass es für den Zugriff auf die Sicherheit eines Nachweises der materiellen Berechtigung bedarf.

Wenn nun davon die Rede ist, eine Verknüpfung (9), Koppelung (10) der Sicherungsverpflichtung mit dem Grundverhältnis könne ihre Selbständigkeit gefährden (11), so bedeutet das, dass die nachweislose Inanspruchnahme **nicht mehr eindeutig gewährleistet** erscheint. Aber auch Abweichungen vom Typus der Bankbürgschaft werfen - im schweizerischen Recht abgesehen von der Frage ihrer Zulässigkeit (12) - ähnliche Probleme auf: so kann etwa eine "garantiespezifische" Klausel in einer Bürgschaft das Recht (und die Pflicht) der Bank in Frage stellen, die Auszahlung zu verweigern, bis ihr rechtsgenügend nachgewiesen ist, der Hauptschuldner habe eine Leistungsstörung zu vertreten.

(8) Vorne S. 119 mit Gegenmeinung.

(9) Dohm N 200.

(10) von Westphalen S. 95.

(11) Roesle S. 15.

(12) Vgl. Art. 492 Abs. 4 i.V.m. 502 Abs. 1 OR.

Wenn die typische Bankgarantie von einer Nachweispflicht der materiellen Berechtigung gänzlich absieht, andererseits aber die typische Bankbürgschaft einen vollgültigen Nachweis der materiellen Berechtigung verlangt, stellt sich die praktisch bedeutsame Frage, welche Rechtswirkungen Sicherungsverpflichtungen haben, die nach ihrem Wortlaut eine **Mittelstellung** einnehmen. Die **Intensität des Nachweises** der materiellen Berechtigung kann im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich beliebig sein und alle Stufen von blosser Behauptung über eine Glaubhaftmachung bis zum vollgültigen Nachweis abdecken.

Im Sinne einer vermittelnden Lösung will deshalb ein Teil der deutschen Lehre (13) bei **Effektivklauseln** vom Begünstigten "gewisse, hinreichend sichere **Anhaltspunkte**" (14) der materiellen Berechtigung verlangen, solche aber auch zu einer erfolgreichen Inanspruchnahme grundsätzlich genügen lassen. Allerdings schimmern in den entsprechenden Ausführungen bereits die praktischen Schwierigkeiten einer solchen Lösung durch (15).

Die Mehrzahl der Autoren geht demgegenüber wohl davon aus, dass im Ergebnis der Begünstigte **entweder** den vollgültigen Nachweis seiner materiellen Berechtigung zu erbringen habe (= akzessorische Bankbürgschaft), **oder** dass ihm dieser Nachweis gänzlich erlassen sei und er seine Berechtigung nur zu behaupten (= Bankgarantie auf erstes Anfordern) oder allenfalls Dokumente zu präsentieren habe, die für sich selbst die Leistungspflicht der Bank auslösen, und die die Bank in gleicher Weise wie Akkreditivdokumente bloss auf ihre formelle Richtigkeit zu überprüfen habe (= dokumentäre Bankgarantie) (16).

(13) Auhagen S. 56, Finger BB 1969 S. 208, Horn NJW 1980 S. 2156.

(14) Auhagen a.a.O.

(15) Vgl. Auhagen a.a.O.: "... empfiehlt es sich für die Bank ... "; "... sollte die Bank ..."; "... kann sie ... sogar versuchen ...".

Die Auslegung soll nun die **Zuordnung** eines Leistungsver sprechens zur selbständigen, eines Nachweises der materiellen Berechtigung nicht bedürftigen Bankgarantie, oder zur akzessorischen, einen Nachweis erfordernden Bankbürgschaft erlauben. Dabei wird auf alle wesentlichen Elemente des Verpflichtungstextes (17), meist aber auch ausschliesslich auf diesen abgestellt (18).

Im allgemeinen wird davon ausgegangen, dass die einzelnen Textelemente **Indizien für die Art der Sicherung** darstellen (19), die, wenn sie nicht zum vorneherein alle in die gleiche Richtung weisen, eine Schwergewichtsbildung zugunsten der einen oder der anderen Sicherungsart zulassen (20). Das Gewicht der einzelnen Indizien ist allerdings umstritten (21), und zudem hat diese Vorgehensweise die Kritik auf sich gezogen, sie diene weniger der Auslegung als "der Sicherung gewerbsmässiger Bankgeschäfte" (22). Ueberdies lassen sich mit einer solchen Vorgehensweise Widersprüche häufig nicht ausräumen, oder es lässt sich gar keine Schwergewichtsbildung vornehmen (23).

-
- (16) Vgl. von Westphalen S. 127 f und Dohm N 200 je m.w.N. und die (fragwürdige) dogmatische Begründung von Kleiner S. 83.
- (17) Dohm N 74.
- (18) Dohm N 198; in der Theorie abweichend, im praktischen Vorgehen aber weitgehend gleich Kleiner S. 59 ff. Vgl. auch die Begründung bei Mülbert ZIP 1985 S. 1105 m.w.N.
- (19) Insbesondere Kleiner S. 42 ff.
- (20) Kleiner S. 55 ff, Dohm N 74 ff, Roesle S. 37 ff, Guggenheim S. 180 ff.
- (21) Vgl. etwa die Auseinandersetzung über das Gewicht der Formel "auf erstes Anfordern": Kleiner S. 52 f m.w.N.; Schinnerer/Avancini II S. 315 f und die Gegenmeinung von Westphalen S. 89, Koziol S. 11 f.
- (22) Giovanoli N 14a zu OR 492.
- (23) Dohm N 62.

Diesfalls besteht nach Kleiner eine **Vermutung** zugunsten einer akzessorischen Sicherung, da im Normalfall wohl nur die geschuldete Leistung gesichert werden sollte (24). Die Argumente der Gegenmeinung werden von Schinnerer/Avancini eingebracht: Parteien des Sicherungsgeschäftes sind nur die Bank und der Begünstigte; beider Interesse sei aber auf die Selbstständigkeit der Verpflichtung ausgerichtet. Nach dem Vertrauensgrundsatz sei deshalb im Zweifel eine solche selbständige Verpflichtung anzunehmen (25).

Auch Bankgarantien mit **Effektivklauseln** ("Garantie auf erstes Anfordern, falls der Schaden entstanden ist") erfahren eine **unterschiedliche Beurteilung**: Nach der herrschenden deutschen Auffassung hat der Begünstigte im Einzelnen und zweifelsfrei nachzuweisen, dass der im Leistungsversprechen umschriebene "Garantiefall" eingetreten ist (26). Als Gegenmeinung wird vertreten, es genüge eine (einfache) Bestätigung, dass etwa der Schaden eingetreten oder der Verkäufer seinen Lieferpflichten nicht nachgekommen sei (27).

Differenziert wird weiter, ob ein Leistungsversprechen ein Rechtsverhältnis im **internen Wirtschaftsverkehr** oder im **Aussenhandel** absichere. Im ersteren Fall sei eher eine Bankbürgschaft anzunehmen, im letzteren spreche die Vermutung für eine selbständige Bankgarantie (28).

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die **Vielfalt der widersprechenden Meinungen** verwirrend und die Argumente für

(24) Kleiner S. 62. - Dieser "Normalfall" wird allerdings in der Folge wesentlich differenziert und für einen "Normalfall" recht eng gefasst. Vgl. auch Nobel S. 382.

(25) Schinnerer/Avancini II S. 300.

(26) Von Westphalen S. 128 m.w.N.

(27) Dohm N 200 unter Berufung auf die französische Lehre.

(28) Dohm N 87 ff m.w.N.

die verschiedenen Auffassungen häufig **wenig greifbar** sind, insbesondere die Gedankengänge sich in der Praxis kaum je auf einen konkreten zweifelhaften Verpflichtungstext anwenden lassen.

II. Grundlagen einer sachgerechten Auslegung

1. Sicherungsart als Parteirollenzuweisung

Ausgangspunkt der folgenden Ueberlegungen sollen die Rechtswirkungen und die Funktionsweise der **typischen Bankgarantie** im Gegensatz zu denjenigen der **typischen Bankbürgschaft** sein. Es wird dabei zu zeigen sein, dass kein vernünftiger Grund ersichtlich ist, warum in ihrem Wortlaut zweifelhafte und widersprüchliche Leistungsversprechen unter grundlegend anderen Gesichtspunkten zu betrachten sind.

Es wird in dieser Untersuchung einlässlich dargelegt, dass die Wahl der Sicherungsart (Bankgarantie oder Bankbürgschaft) nicht davon bestimmt ist, **welche Risiken** auf die Bank überwältzt werden sollen. Diese übernimmt stets grundsätzlich nur das Insolvenzrisiko ihres Auftraggebers. Die unterschiedliche Ausgestaltung von Bankgarantie und Bankbürgschaft wirkt sich ausschliesslich auf die **Rechtsposition** des Auftraggebers und des Begünstigten aus in einer allfälligen Auseinandersetzung über Leistungsstörungen im sie verbindenden **Grundverhältnis**. Darin verschafft die Bankgarantie dem Begünstigten die "denkbar stärkste Rechtsposition". Demgegenüber hat der Auftraggeber einer Bankbürgschaft eine Sicherheit zu stellen, die bloss das Risiko seiner Insolvenz deckt, im Übrigen aber die Rechtsstellungen in der grundvertraglichen Auseinandersetzung über Leistungsstörungen unberührt lässt.

Die Obliegenheit des Begünstigten einer **Bankbürgschaft**, eine Leistungsstörung und die Verantwortlichkeit des Hauptschuldners dafür nachzuweisen, hat sicherzustellen, dass er nicht soll "Leistung (der Bank zulasten des Hauptschuldners) fordern dürfen, nur um sie vielleicht zurückgeben zu müssen" (29). Die Auseinandersetzung im Grundverhältnis über die Leistungsstörung hat deshalb vor der Zahlung der Bank zu erfolgen: **"erst prozessieren, dann bezahlt werden"**.

Im Gegensatz dazu kann der Begünstigte einer **Bankgarantie** diese auf erstes Anfordern und ohne jeden Nachweis der materiellen Berechtigung in Anspruch nehmen. Er ist dazu stets berechtigt, wenn er in guten Treuen davon ausgehen darf, der Auftraggeber habe eine Leistungsstörung im Grundverhältnis zu vertreten. Denn die Auseinandersetzung über die Leistungsstörung soll erst im nachhinein stattfinden: **"erst zahlen, dann prozessieren"**.

Wie dargelegt ist - Redlichkeit der Beteiligten vorausgesetzt - dann von geringer Bedeutung, ob ein Rechtsverhältnis durch eine Bankgarantie oder durch eine Bankbürgschaft abgesichert ist, wenn Klarheit darüber besteht, wer eine Leistungsstörung zu vertreten hat. Die Sicherungsart ist deshalb im Hinblick auf den Fall gewählt worden, dass die Feststellung der Verantwortlichkeiten einer **eingehenden Abklärung** bedarf: wie diesfalls der **Zugriff auf die Sicherheit** vonstatten gehen soll.

Das durch eine Bankgarantie umverteilte **Rechtsdurchsetzungsrisiko** ist jedem Rechtsverhältnis **inhärent** und kann - anders als das Beweisrisiko (30) - nicht zum vorneherein aus Gerechtigkeitserwägungen einer Partei zugewiesen werden. Da überdies das Risiko des prozessualen Bestreitens entweder -

(29) Von Büren II S. 287 N 5.

(30) Kummer N 114 und 124 ff zu ZGB 8.

bei der Bankgarantie - ausschliesslich beim Auftraggeber oder - bei der Bankbürgschaft - ausschliesslich beim Begünstigten liegt, bleiben **Rechtssicherheit und Zweckmässigkeit** (insbesondere mit Blick auf die Prozessökonomie) in jeder Hinsicht gewährleistet.

Bankgarantien mit **Effektivklauseln** erlauben nun nach ihrem Wortlaut häufig die Auslegung, dass der Begünstigte zwar nicht die Verantwortlichkeit für eine Leistungsstörung nach Massgabe des Grundverhältnisses nachzuweisen habe, immerhin aber einen **Sachverhalt**, der (erst) die Zahlungspflicht der Bank entstehen lässt (31). Genau betrachtet hat man es dabei mit einem **Teilnachweis** der materiellen Berechtigung zu tun: etwa nur das Ausbleiben der Leistung ist nachzuweisen, nicht aber die Nicht- oder Schlechterfüllung einer Schuldpflicht. Oder der Schaden ist nachzuweisen, nicht aber, wer diesen zu vertreten hat.

Unter dieser Hypothese (32) ergibt sich folgende Rechtslage: Hat der Begünstigte einen Nachweis der materiellen Berechtigung zu erbringen, so hat **vor Inanspruchnahme** des Leistungsversprechens der Bank eine Auseinandersetzung über eine (strittige) Leistungsstörung stattzufinden (33). Wenn die Bank auf Instruktion des Auftraggebers und auf dessen Risiko die Leistungsstörung bestreitet (das Ausbleiben der Leistung, den Schaden), so muss der Begünstigte allenfalls klageweise gegen die Bank vorgehen.

(31) Vgl. von Westphalen S. 127 f.

(32) Vgl. aber hinten S. 172 ff.

(33) Anders, wenn die Zahlung automatisch durch den Eintritt und insbesondere durch das Ausbleiben von durch die Garantiebank selbst überprüfbaren objektiven Tatsachen ausgelöst wird, in der Praxis vor allem durch das Ausbleiben einer Zahlung ("falls nicht die Zahlung bis zum ... zu Ihren Gunsten bei uns eintrifft"). Vgl. zu den Zahlungsgarantien im einzelnen von Marschall, insbesondere S. 28, von Westphalen S. 46.

Mit dieser Sachlage musste der Begünstigte **von allem Anfang an** rechnen, weil ihm ja nicht Zahlung ohne Ueberprüfung der materiellen Berechtigung versprochen wurde. Es kann deshalb nicht gesagt werden, die Bank enttäusche **berechtigte Erwartungen**, wenn sie nicht sofort, sondern erst zahlt, wenn ihr der "Garantiefall" vollgültig nachgewiesen wurde, d.h. wenn sie sogar eine vorgängige richterliche Abklärung verlangt.

Es wäre nun unter Würdigung der **Prozessökonomie** schwer verständlich, wenn sich der Begünstigte auf eine der Zahlung vorausgehende gerichtliche Klärung des die Zahlung auslösenden Sachverhaltes einlassen müsste, in dieser Auseinandersetzung dem Auftraggeber aber verwehrt wäre, seine mangelnde Verantwortlichkeit für die Leistungsstörung geltend zu machen, etwa durch eine Klage mit dem Rechtsbegehren, dem Begünstigten die Inanspruchnahme zu verbieten. Denn wie gesagt: der Begünstigte durfte von Anfang an nicht damit rechnen, ohne Beschreitung des Rechtsweges seinen Anspruch durchsetzen zu können. Mit einer **Aufspaltung der Auseinandersetzung über Leistungsstörungen** aber ist niemandem gedient.

Auch ein anderer Gedankengang führt zum selben Ergebnis. Die ohne einen Nachweis der materiellen Berechtigung erfolgte Zahlung unter einer Bankgarantie hat als vermutungsweise vorläufige Vermögenszuweisung zu gelten. Der sicherungspflichtige Auftraggeber ist im Hinblick auf eine vom Begünstigten behauptete Verantwortlichkeit für eine Leistungsstörung "vorschusspflichtig", aber mit dem Recht, diese Verantwortlichkeit nachträglich abklären zu lassen (34). In dem Augenblick aber, wo eine solche Abklärung vorgängig stattfindet, verliert eine "Vorschusspflicht" jeden Sinn. Diesfalls ist **kein legitimes Interesse** des Begünstigten mehr auszumachen, dass ihm ein Nachweis der materiellen Berechtigung irgendwie erlassen ist.

(34) Von Caemmerer S. 298 f.

Mit dem Gesagten soll wie angedeutet nicht etwa behauptet werden, eine Bankgarantie mit Effektivklausel (35) verlange den vollgültigen Nachweis der materiellen Berechtigung. Vielmehr will nachgewiesen werden, dass unter Würdigung der Interessen von Auftraggeber und Begünstigtem aufgrund der Auslegung des Leistungsversprechens ein **Entscheid gefällt** werden muss, ob die Auseinandersetzung im Grundverhältnis über die Leistungsstörung **vor oder nach** der Zahlung der Bank erfolgen soll, und es unsinnig wäre, diese Auseinandersetzung aufzuspalten.

In diesem Sinne gibt es eine gewissermassen **"absolute" Grenze** zwischen der selbständigen Bankgarantie und der akzessorischen Bankbürgschaft (36). Dieses tertium non datur ergibt sich aber nicht aus einer dogmatischen Konzeption oder gar aus einem logischen Gegensatz zwischen Selbständigkeit und Akzessorietät, sondern aus einem vernünftigt gestalteten **praktischen Ablauf**.

2. Das Zustandekommen zweifelhafter Verpflichtungstexte

Man mag gegen die hier vertretene Auffassung einwenden, dass sie sich unter Umständen auch **über den Wortlaut** eines Lei-

(35) Gemeint ist nicht "Effektivklausel" im wörtlichen Sinn, sondern in der gängigen Sinngebung des Begriffes.

(36) Man mag allerdings Zweifel haben, ob jede Sicherungsverpflichtung, die eine vorgängige Prüfung der materiellen Berechtigung verlangt, als Bürgschaft im Sinne des Gesetzes zu gelten hat, vgl. von Westphalen S. 96, dessen Ausführungen allerdings zumindest nach schweiz. Recht m.E. unzutreffend sind. - Nach Kleiner S. 83 läge eine der Bürgschaft zuzuordnende Mischform vor, womit der Bank kraft Gesetzes (Art. 502 Abs. 1 i.V.m. 492 Abs. 4 OR) sämtliche Einwendungen offenstünden. - Ob Bürgschaft im Sinne des Gesetzes vorliegt, kann z.B. für die Dauer der Verpflichtung wesentlich sein, vgl. insbesondere Art. 510 Abs. 3 und Abs. 4 OR. Für die grundlegende Funktionsweise ist diese Differenzierung jedoch von geringer Bedeutung.

stungsversprechens **hinwegsetze** (37). Solche Bedenken können jedoch zerstreut werden, wenn die mutmassliche Entstehungsgeschichte solcher widersprüchlicher Leistungsversprechen berücksichtigt wird.

Es versteht sich von selbst, dass der Begünstigte eine möglichst starke Rechtsstellung anstrebt, der Auftraggeber hingegen eine möglichst wenig weitgehende Sicherung stellen möchte. Das **wirtschaftliche Kräftespiel** entscheidet letztlich darüber, wer mit seinem Interesse durchzudringen vermag.

Gerade für den mit der Beschaffung einer Bankgarantie Belasteten ist dabei besonders unangenehm, dass er seinem Vertragspartner eine **Rechtsstellung mit Überschiessender Rechtsmacht** einräumen muss, die auch ein **Missbrauchsrisiko** schafft. Er wird alles versuchen, den Begünstigten, der eine Bankgarantie verlangt, mit einem Nachweis der materiellen Berechtigung zu belasten, der immerhin das Missbrauchsrisiko ausschalten soll (38). Nur lässt sich nicht gleichzeitig eine Umkehr der Parteirollen bewerkstelligen und das Missbrauchsrisiko ausschalten, denn ersteres **bedingt** die Einräumung einer überschiessenden Rechtsmacht.

Immerhin gelingt es dem Auftraggeber recht häufig, dem Begünstigten, der auf einer Bankgarantie auf erstes Anfordern beharrt, eine Klausel "abzutrotzen", die die Pflicht des Begünstigten zu bloss **vereinbarungsgemässer Ausübung** der Rechtsmacht zum Ausdruck bringt (39). Zwar will er damit seine grundsätzliche Pflicht zur Stellung einer Sicherheit nicht in Frage stellen. Hingegen nimmt er eine Widersprüchlichkeit

(37) Vgl. Schinnerer Bank-Archiv 1972 S. 446.

(38) Vgl. von Westphalen S. 97 und S. 127.

(39) Im Übrigen darf auch die Zahl der Exporteure nicht unterschätzt werden, die beim ausländischen Abnehmer eine Bankbürgschaft durchsetzen können.

ihres Wortlautes in Kauf, ja strebt sie vielleicht sogar an. Diese Widersprüchlichkeit könnte im Konflikt mit dem Begünstigten allenfalls erlauben, dessen Anspruch in Frage zu stellen, Zahlung auf erstes Anfordern zu erhalten. Es überrascht wenig, dass dem Wortlaut eines solchen Leistungsversprechens häufig auch mit dem besten Willen **kein vernünftiges Sinnnganges** abgewonnen werden kann (40).

So verständlich dieses Verhalten des Auftraggebers ist, es ändert dies nichts an der Tatsache, dass im Interesse aller Beteiligten **entschieden** werden muss, wann die Auseinandersetzung im Grundverhältnis darüber stattzufinden hat, wer eine Leistungsstörung zu vertreten hat. Die Auslegung eines auch noch so widersprüchlichen Leistungsversprechens muss deshalb in ihrem Ergebnis erlauben, diese Entscheidung zu fällen.

3. Die der Bank zugedachte Rolle

Die Bank übernimmt mit einer Kautionsverpflichtung das **Insolvenzrisiko** ihres Auftraggebers. Sofern die Auslegung ergibt, dass überhaupt eine solche Kautionsverpflichtung vorliegt (41), darf und muss die Bindung der Bank in dieser Hinsicht **vorausgesetzt** werden, gleichviel, ob die weitere Auslegung auf eine Bankgarantie oder auf eine Bankbürgschaft schliessen lässt, und wie Auftraggeber und Begünstigter die Verpflichtung verstanden haben wollen (42).

(40) Theoretisch kann zwar der Klausel "auf erstes Anfordern" in Verbindung mit einer materiellen Nachweispflicht die Bedeutung zugebilligt werden, dass unmittelbar nach Feststellung der Schuldspflicht zu zahlen sei (Kleiner S. 57, Schinnerer/Avancini II S. 315). Diese Sinngebung erscheint aber reichlich konstruiert, ist doch nach den Gepflogenheiten des Bankverkehrs die angeforderte Bank bei Fälligkeit einer Schuld stets gehalten, "sofort" zu leisten.

(41) Entsprechende Erklärungen von Banken im Auftrag eines Kunden dürften diesbezüglich selten zu Zweifeln Anlass geben, anders als etwa Patronatserklärungen, vgl. dazu Walter Müllhaupt, SAG 50 (1978) S. 109 ff. - "Kautions-ähnlich" mag im Einzelfall z.B. eine Bankauskunft sein.

Die Sicherungsart (Bankgarantie oder Bankbürgschaft) bestimmt demgegenüber nicht den Umfang des von der Bank übernommenen Risikos, sondern die **Art der Zahlbarstellung**, zu welcher sich die Bank verpflichtet hat. Die Bank zahlt entweder auf erstes Anfordern, oder erst, wenn ihr die materielle Berechtigung nachgewiesen wurde (bzw. wenn sie vom Auftraggeber ausdrücklich zur Zahlung ermächtigt wurde).

Um die ihr zugedachte Rolle wahrnehmen zu können, muss die Bank feststellen können, ob sie Zahlung auf erstes Anfordern oder erst zu leisten hat, wenn ihr die materielle Berechtigung nachgewiesen ist. Diese Feststellbarkeit vorausgesetzt, kann sie hingegen ohne grosse Probleme die Inanspruchnahme der Kautionsverpflichtung **bankmässig abwickeln**, ob nun eine Bankgarantie oder eine Bankbürgschaft vorliegt. Es ist deshalb m.E. zu vereinfachend, wenn gesagt wird, die Bank ziehe generell die Bankgarantie der Bankbürgschaft vor, weil damit ihr Risiko kleiner sei (43). Auch die Bankbürgschaft führt nicht notwendigerweise dazu, dass die Bank in unerwünschter Weise in einen Rechtsstreit zwischen Auftraggeber und Begünstigtem gezogen wird (44).

Ob ein Rechtsverhältnis durch eine Bankgarantie oder durch eine Bankbürgschaft abgesichert ist, hat demgegenüber Auswirkungen auf die Rechtsstellung von Auftraggeber und Begünstigtem in deren allfälligen Auseinandersetzung über Leistungsstörungen. Die Sicherungsart bestimmt, wem welche **Prozessrolle** zugewiesen ist.

(42) Wie im Kontext wohl Dohm N 86; a.A. Kleiner S. 59; vgl. die Begründung Koziols S. 16.

(43) So Kleiner S. 61, Roesle S. 10.

(44) Immerhin dürfte eine Schweizer Bank i.d.R. nur bereit sein, eine Bürgschaft abzugeben, die schweizerischem oder einem ihr sonstwie gut bekannten Recht untersteht.

Mit der Uebernahme bloss des Insolvenzrisikos durch die Bank (Bankbürgschaft) bleibt es bei der **"vorgegebenen" Ordnung**: der Begünstigte muss die ihm zustehenden vertraglichen oder gesetzlichen Ansprüche durchsetzen; es stehen ihm nur allenfalls Zurückbehaltungs- und Verrechnungsrechte zu (45).

Wenn sich die Bank hingegen auf erstes Anfordern verpflichtet, sind die Prozessrollen im Grundverhältnis **umgekehrt**. Wohl übernimmt die Bank wiederum lediglich das Insolvenzrisiko ihres Auftraggebers. Hingegen **gewährleistet** sie zusätzlich diese im Grundverhältnis vereinbarte Umkehr der Parteirollen.

Diese Auseinandersetzung über Leistungsstörungen ist naturgemäss mit etlichen Schwierigkeiten und Risiken belastet. Weil sich die Art der Leistungsstörung häufig nicht voraussehen lässt, bedarf zudem das massgebliche Grundverhältnis in dieser Hinsicht nicht selten einer Ergänzung nach Vertrauensprinzip. Eine Gemeinsamkeit von typischer Bankgarantie und typischer Bankbürgschaft ist, dass sie diese Risiken der Rechtsdurchsetzung im Verhältnis Auftraggeber - Begünstigter **belassen** (46). Die Rolle der Bank erschöpft sich in der Uebernahme des Insolvenzrisiko ihres Auftraggebers und in der Gewährleistung der im Grundverhältnis vereinbarten Zuweisung der Parteirollen.

Vorstehend (1.) wurde dargelegt, dass im Interessenkonflikt zwischen Sicherungsbegünstigtem und Sicherungsbelastetem entschieden werden muss, ob die (abschliessende) Auseinandersetzung im Grundverhältnis über Leistungsstörungen vor oder nach dem Zugriff auf die Sicherheit auszutragen ist. Zum selben Erfordernis führt eine Analyse der von den Beteiligten der Bank zugewiesenen Rolle. Ihr kommt - neben ihrer "substantiellen" Rolle als Uebernehmerin des Insolvenzrisikos ihres Auftrag-

(45) Vgl. von Westphalen S. 32 f.

(46) Vgl. die Risikobewertung von Westphalens S. 39 ff.

gebers - nur eine **Hilfsfunktion** zu, indem sie die im Grundverhältnis vereinbarte Parteirollenzuweisung technisch ermöglicht. Diese Rolle kann sie aber nur interessengerecht wahrnehmen, wenn die Auslegung ihres Leistungsversprechens die Zuweisung der Parteirollen im Grundverhältnis erlaubt.

Das Erfordernis, dass das Kautionsgeschäft bankmässig abgewickelt werden kann, sichert nicht in erster Linie der Bank einen lukrativen Erwerbszweig. Vielmehr würde eine Beeinträchtigung einer reibungslosen Abwicklung (z.B. durch das kaum zu konkretisierende Erfordernis einer Glaubhaftmachung der materiellen Berechtigung) auch die **Funktionsfähigkeit des Instrumentes** für die - zugegebenermassen im Einzelfall gegensätzlichen - Bedürfnisse der Beteiligten am Grundverhältnis **beeinträchtigen**.

Dass die Bank allein aufgrund einer Auslegung des Leistungsversprechens entscheiden muss und darf, ob sie auf erstes Anfordern zahlt oder einen vollgültigen Nachweis der materiellen Berechtigung verlangt, rechtfertigt sich überdies damit, dass sie bereits dann den **Entscheid** zuungunsten einer sofortigen Realisierbarkeit der Sicherung **vorwegnehmen** würde, wenn sie sich auf eine Auseinandersetzung über die Bedeutung der in der Garantieklausel stipulierten Bedingungen einlassen müsste.

III. Auslegung nach Vertrauensprinzip

1. Grundsatz

- a) Uebernahme des Insolvenzrisikos des Auftraggebers
durch die Bank

Stets, wenn sich die Bank unwiderruflich zur Zahlung einer Geldsumme zu einem zukünftigen Zeitpunkt und im Auftrag und auf Rechnung eines Kunden verpflichtet, übernimmt sie das Risiko der Insolvenz dieses Auftraggebers (47), andererseits aber auch **keine darüber hinausgehenden Risiken** aus dem abgesicherten Sachverhalt. Dieser Inhalt ihrer Verpflichtung kann deshalb einerseits stets vorausgesetzt werden, ist andererseits aber auch als Kriterium untauglich, wenn es gilt, verschiedene Typen von Leistungsversprechen zu unterscheiden.

- b) Sofortige Realisierbarkeit als Charakteristikum
der Bankgarantie

Die Art der im Grundverhältnis vereinbarten Sicherheit (Bankgarantie oder Bankbürgschaft) hat grundsätzlich keinen Einfluss auf den Umfang der **Ansprüche des Begünstigten** aus Leistungsstörungen, soweit darunter Ansprüche auf eine definitive Vermögenszuweisung verstanden sind. Die Sicherungsart bestimmt lediglich die **Parteirollen** in der Auseinandersetzung über Leistungsstörungen, die ihrerseits - vorgängig der Inanspruchnahme oder nachträglich - nach den von der Sicherungsart unbeeinflussten Bestimmungen des Grundverhältnisses zu erfolgen hat.

(47) Praktisch gar ausgeschaltet wird damit das Risiko seiner Zahlungsunwilligkeit.

Nach Vertrauensprinzip ist deshalb festzustellen, ob der Begünstigte davon ausgehen darf, eine **sofort realisierbare Sicherheit** erhalten zu haben, und ob entsprechend auch die verpflichtete Bank auf dessen blosses Anfordern zu Lasten ihres Auftraggebers Zahlung leisten darf. Ist dies zu verneinen, so ist umgekehrt das Vertrauen des Auftraggebers geschützt, eine Sicherung beschafft zu haben, die für den Zugriff darauf einen **Nachweis der materiellen Berechtigung**, mithin eine vorangehende Auseinandersetzung über die Leistungsstörung verlangt.

In dieser Auslegung ist im Zweifel einerseits in Rechnung zu stellen, was für eine Sicherheit der Begünstigte nach den jeweiligen **Geschäftsgepflogenheiten** unabhängig vom konkreten zweifelhaften Text erwarten darf bzw. der Auftraggeber beschaffen muss. Insbesondere aber ist entscheidend, welche Bedeutung **stereotypisierten Formeln** wie "auf erstes Anfordern", "unter Verzicht auf Einwendungen und Einreden" (48) im allgemeinen und bei **solchen** Geschäften zugemessen wird.

Zwar lässt sich auch in dieser Vorgehensweise **keine Katalogisierung** und Hierarchisierung der Textelemente bewerkstelligen (49). Immerhin aber kann in der Auslegung widersprüchlicher Verpflichtungstexte das Gewicht der einen Textelemente gegenüber demjenigen anderer abgewogen werden. Die Auslegung soll nicht den - häufig untauglichen - Versuch unternehmen, die Widersprüchlichkeiten des Textes um jeden Preis auszuräumen, sondern eine Entscheidung erlauben, wer sich die Bedeutung einer spezifischen Klausel nach Vertrauensprinzip eher entgegenhalten lassen muss.

Wenn die Vorgehensweise kritisiert wird, im Zweifelsfall auf **Vermutungen** abzustützen (50), so zeigt die hier postulier-

(48) Weitere Beispiele von Westphalen S. 90.

(49) Vgl. Giovanoli N 14a zu OR 492.

te Vorgehensweise, dass es sich bei diesen "Vermutungen" letztlich um nichts anderes handelt als um eine "Auslegung der Sicherungserklärung unter Abwägung der verschiedenen Auslegungsindizien" (51). Die Vermutung soll ja dann zum Tragen kommen, wenn dem (in aller Regel in seinem Wortlaut im Grundverhältnis vereinbarten) Verpflichtungstext allein kein vernünftiges Sinn Ganzes abgewonnen werden kann, und somit unter Würdigung von Zweck und Umständen zu ermitteln ist, wie er unter den gegebenen Umständen verstanden werden darf und muss.

Dabei rechtfertigt sich auch zu berücksichtigen, ob mit dem Leistungsversprechen ein **inländisches** oder ein **grenzüberschreitendes Rechtsverhältnis** abgesichert ist. Neben einer Begründung mit den - keineswegs einheitlichen - unterschiedlichen Geschäftsgewohnheiten sollte sich eine in dieser Hinsicht differenzierende Lösung auch darauf abstützen, wie gross das Interesse des Begünstigten an einer sofort realisierbaren Sicherheit zu veranschlagen ist: ob deshalb ihm oder dem Auftraggeber die Enttäuschung seiner Erwartung eher zuzumuten ist (52).

2. Anwendung

a) Bezugnahme auf das Grundverhältnis

Regelmässig nimmt das Leistungsversprechen in irgendeiner Form auf den abgesicherten Sachverhalt Bezug. Auch wenn das Bg im Milchpulverentscheid die Auffassung vertreten hat, die Parteien hätten solche Angaben weggelassen, wenn sie für die Ver-

(50) Roesle S. 40. - Roesle ist insofern zuzustimmen, als der Begriff in diesem Zusammenhang nicht besonders geglückt ist. Er hat insbesondere nichts mit der gesetzlichen Vermutung eines bestimmten Erklärungsinhaltes oder einer Tatsache zu tun. Vgl. dazu von Tuhr/Escher S. 164 m.w.N. in N 49.

(51) Roesle a.a.O.

(52) Weitgehend anders die Begründung von Dohm N 88.

pflichtung unerheblich wären (53), kann heute als - zutreffende - herrschende Auffassung gelten (54), dass allein eine solche Bezugnahme dem Interzedenten noch nicht ermöglicht, gegen die Inanspruchnahme **Einwendungen** aus diesem erwähnten Grundverhältnis zu erheben. Allein der Hinweis darauf, dass das Leistungsversprechen in einem funktionellen Zusammenhang mit der Abwicklung eines Grundverhältnisses steht, erlaubt noch keine Rückschlüsse darauf, wie die daran Beteiligten die Zuweisung der Parteirollen für die Auseinandersetzung über Leistungsstörungen geregelt haben. Entsprechend kann der Bezugnahme auf den abgesicherten Sachverhalt je nach Textlage **unterschiedliche Bedeutung** zugemessen werden.

aa) Individualisierung des Sicherungsobjektes

Eine solche Bezugnahme kann zunächst auch ausschliessliche Individualisierungsfunktion haben. Praktisch einhellig wird eine solche Bedeutung der sogenannten **Präambel** zugemessen (55).

bb) Selbstbindung des Begünstigten

Die Bankgarantie auf erstes Anfordern verschafft dem Begünstigten eine Rechtsstellung mit überschüssender Rechtsmacht. Diese Rechtsmacht gewährleistet nicht nur die im Grundverhältnis vereinbarte Umkehr der Parteirollen, sondern schafft überdies auch die Gefahr ihrer rechtsmissbräuchlichen Ausübung. Es ist deshalb mehr als verständlich, dass auch der Auftraggeber, der sich angesichts der Marktlage mit der Umkehr der Parteirollen abgefunden hat, alles daran setzen wird, dass das **rechtliche Dürfen des Begünstigten** im Text des Leistungsversprechens Ausdruck findet.

(53) Zit. Nobel S. 390.

(54) Vgl. Dohm N 77, Kleiner S. 42 ff m.w.N.

(55) Statt vieler von Westphalen S. 49; anders aber offensichtlich der in N 53 erwähnte Milchpulver-BGE.

Eine solche Umschreibung des rechtlichen Dürfens ändert zwar nichts an der **Rechtsmacht** des Begünstigten, errichtet aber immerhin eine gewisse "psychologische" Hemmschwelle. Ueberdies erleichtert sie die Rechtsstellung des Auftraggebers in einem nachträglichen Rückforderungsprozess (56). Im Einzelfall mag sie gar für die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung hilfreich sein. Insbesondere aber ist es wohl häufig der einzige, wenn auch nur sehr schwache Schutz vor Missbräuchen, den der Auftraggeber gegenüber dem Begünstigten durchzusetzen vermag.

Allerdings muss der Auftraggeber, der die Umkehr der Partierollen akzeptiert hat, sich diese beschränkte Bedeutung der Umschreibung des rechtlichen Dürfens des Begünstigten auch dann **entgegenhalten** lassen, wenn der Begünstigte die Bankgarantie nach Auffassung des Auftraggebers vereinbarungswidrig in Anspruch nimmt, der Auftraggeber aber keinen offensichtlichen Rechtsmissbrauch nachzuweisen vermag. Der Auftraggeber musste die Bankgarantie im Hinblick auf einen möglichen **Konflikt** mit dem Begünstigten beschaffen. Es geht deshalb nicht an, in dieser Konfliktsituation die (letztlich vom Auftraggeber eingegangene) Verpflichtung zu sofortiger Zahlung doch wieder in Frage zu stellen, obwohl sich der Auftraggeber solcher Risiken von Anbeginn bewusst sein musste (57).

Die reine Selbstbindungsfunktion einer Umschreibung des rechtlichen Dürfens des Begünstigten im Leistungsversprechen ist in der Praxis dann klargestellt, wenn der Begünstigte die Sicherheit mit einer **einfachen Erklärung** abrufen kann ("gegen Ihre schriftliche Erklärung, dass ..."), eine wie auch immer definierte Leistungsstörung sei eingetreten. Umstritten hingegen ist die Rechtslage, wenn ein solcher Passus mit Wendungen wie "falls", "sofern" eingeleitet wird.

(56) Dohm N 200.

(57) Vgl. von Westphalen S. 37 f.

cc) Bezugnahme als Ausdruck des Erfordernisses, die materielle Berechtigung nachzuweisen

Weil im (auch internationalen) Geschäftsverkehr Sicherungen durchaus **gebräuchlich** sind, die für den Zugriff darauf einen solchen Nachweis erfordern, ist stets zu prüfen, ob die Bezugnahme auf das Grundverhältnis solches zum Ausdruck bringen soll. Zwanglos zu diesem Ergebnis gelangt etwa die Auslegung der Formulierung "zahlen wir Ihnen Fr. ..., falls uns nachgewiesen wird, dass die Firma ...".

Problematisch hingegen ist die Textlage, wenn sich darin einerseits ein Hinweis auf eine **sofortige Realisierbarkeit** findet, andererseits aber auch das Erfordernis eines **Nachweises der materiellen Berechtigung** nicht auszuschliessen ist. Wie erwähnt lässt sich diesfalls die Widersprüchlichkeit nicht in jedem Fall ausräumen, und es ist nach Vertrauensgrundsatz festzulegen, ob der Begünstigte oder der Auftraggeber in seinem Vertrauen in ein zu seinen Gunsten lautendes Textelement zu schützen ist, bzw. er sich ein zu seinen Ungunsten lautendes Textelement entgegenhalten lassen muss.

b) Bezugnahme auf die Leistung oder die Leistungspflicht

Es wird in dieser Untersuchung eingehend begründet, dass dieses angebliche Unterscheidungsmerkmal (58) einer Analyse von Zweck und Funktionsweise von Leistungsversprechen der Bank nicht standhält. Es leitet sich aus der dogmatischen Abgrenzung von Bürgschaft und Garantievertrag i.e.S. (vgl. Art. 111 OR) ab, die - wie nachgewiesen - nicht auch der Abgrenzung Bankbürgschaft - Bankgarantie zugrundegelegt werden kann. Auch

(58) So Kleiner S. 43 ff, Roesle S. 38, Dohm N 87, wohl auch Guggenheim S. 182; ebenso für das französische Recht Pouillet FEDUCI Garanties S. 131 ff.

nach **Vertrauensprinzip**, unter der Fragestellung, welche allenfalls zu schützenden Erwartungen ein Textelement weckt, ist der Bezugnahme auf die Leistung oder auf die Leistungspflicht **keine differenzierende Bedeutung** abzugewinnen (59).

c) Verkehrstypische Klauseln als Festlegung
der Zahlbarstellung der Sicherheit

Nach weitaus Überwiegender Auffassung wird heute den Formeln "auf erstes Anfordern" (60) und "unter Verzicht auf Einwendungen und Einreden", sowie gleichwertigen Formulierungen (61) einzeln oder kombiniert "weltweit" eine **einheitliche Sinngebung** beigemessen (62). Sie bringen zum Ausdruck, dass der Begünstigte sofort und ohne einen Nachweis der materiellen Berechtigung Zugriff auf die Sicherheit nehmen kann.

Diese Formeln wecken nun **so klare Sinnerwartungen**, dass die Erwähnung des "Garantiefalles" nach Vertrauensprinzip nur in seltenen Ausnahmefällen (nachfolgend d) dagegen durchzudringen vermag. Diese Erwartung bezieht sich insbesondere nicht darauf, dass die Bank (selbstverständlich) sofort zahlen wird, wenn ihr die erwähnte Leistungsstörung ausreichend nachgewiesen ist (63). Vielmehr ist der Begünstigte in seinem Vertrauen zu schützen, eine **sofort realisierbare Sicherheit**

(59) Vgl. vorne S. 96.

(60) Seit der BGH allerdings auch die Existenz einer "Bürgschaft 'auf erstes Anfordern'" annimmt, bestehen in Deutschland - m.E. zu Unrecht - wieder vermehrt Zweifel an der Bedeutung dieser Formel, vgl. Mülbert ZIP 1985 S. 1104 mit N 21 f.

(61) Vgl. die Zusammenstellung von Dohm N 32; weitere Bsp. vorne S. 97 f.

(62) Vgl. von Westphalen S. 70 ff m.w.N.

(63) So aber von Westphalen S. 127 f und die wohl herrschende deutsche Lehre.

in Händen zu halten (64). Der Auftraggeber hingegen muss sich die Identifikations- und Selbstbindungsfunktion der Erwähnung des "Garantiefalles" entgegenhalten lassen, wenn er etwa die Bank beauftragt hat, "auf erstes Anfordern" zu zahlen, falls der Schaden eingetreten oder der Verkäufer seinen Lieferverpflichtungen nicht nachgekommen ist usw. (65).

d) Entkräftung der verkehrstypischen Formeln

Die verkehrstypischen Formeln entfalten hingegen keine solche Wirkung, wenn das Leistungsversprechen unzweifelhaft zum Ausdruck bringt, dass die **Auseinandersetzung** zwischen Auftraggeber und Begünstigtem über die materielle Berechtigung **vor der Inanspruchnahme** erfolgen soll. Eine solche grundvertragliche Vereinbarung bringen etwa Klauseln wie "gegen Ihren Nachweis", "falls feststeht" zum Ausdruck. Keine praktischen Wirkungen haben die verkehrstypischen Formeln überdies, wenn die Auszahlung der versprochenen Summe von einer **Zustimmung des Auftraggebers** abhängig gemacht ist.

IV. Bankgarantie mit dokumentärem Nachweis

1. Bankgarantie gegen Vorlage eines Gerichts- oder Schiedsgerichtsurteils

Wenn eine (selbständige) Bankgarantie wesensbestimmend die Parteirollen in der Auseinandersetzung zwischen Auftraggeber und Begünstigtem über Leistungsstörungen im Grundverhältnis umkehren soll, ist dieser Zweck der Selbständigkeit in gewis-

(64) Keine solch eindeutige Erwartung weckt hingegen die Verpflichtung zu sofortiger Zahlung.

(65) Wie im Kontext Dohm N 200 und die herrschende französische Lehre.

sem Sinne zu modifizieren, wenn die erfolgreiche Inanspruchnahme von der Vorlage eines Gerichts- oder Schiedsgerichtsurteils abhängig gemacht ist. Trotzdem lässt sich auch hier der Zweck der Selbständigkeit durchaus mit der sonst typischen Grundstruktur der Bankgarantie vergleichen; nur greift die erleichterte Durchsetzbarkeit nicht schon in der Auseinandersetzung über die Leistungsstörung, sondern erst für die **Durchsetzung der (schieds-)richterlichen Entscheidung** darüber (66).

Verlangt eine Bankgarantie auf erstes Anfordern zu ihrer erfolgreichen Inanspruchnahme die Vorlage eines Gerichtsurteils, so lässt sich dem Text als Ganzes wiederum häufig kein vernünftiger Sinn abgewinnen (67). Wie bei sonstigen Leistungsversprechen mit widersprüchlichem Wortlaut ist dann zu entscheiden, ob der Auftraggeber oder der Begünstigte die zu seinen Ungunsten lautende Klausel gegen sich gelten lassen muss. Im Gegensatz zur Bankgarantie mit Effektivklausel in diesem Fall der Begünstigte, der trotz der Formel "auf erstes Anfordern" **keine sofort realisierbare Sicherheit** in Händen hält, weil aus dem Leistungsversprechen selbst hervorgeht, dass die Auseinandersetzung über die Leistungsstörung **vor der Inanspruchnahme** stattfinden soll.

2. Uebrige Bankgarantien mit dokumentärem Nachweis

Diese stehen wiederum grundsätzlich in Uebereinstimmung mit dem, was vorne zur Funktionsweise der Bankgarantie ohne dokumentären Nachweise ausgeführt wurde (68). Die dort angestell-

(66) Im einzelnen von Westphalen S. 135 ff.

(67) So wohl kaum, wenn in einem reinen Inlandgeschäft ein rechtskräftiges Urteil eines ordentlichen Gerichtes verlangt wird.

(68) Immerhin ermöglichen sie aber in gewisser Weise einen Teilnachweis, eine - wenn auch nur formalisierte - Glaubhaftmachung der materiellen Berechtigung.

ten grundsätzlichen Ueberlegungen bestätigen lediglich die **Richtigkeit** der praktisch einhellig vertretenen Ansichten über den Umfang der **Prüfpflichten der Bank** (69).

Mit Recht wird auf die nahe Verwandtschaft, ja auf die praktische Austauschbarkeit (70) von Bankgarantie und Akkreditiv hingewiesen. Beides sind **Hilfsgeschäfte**, die zum Vollzug eines "Grundgeschäftes" beitragen (71). Ebenso stimmen die von der Bank übernommenen Risiken und die sonstige Funktion der Bank im Rahmen des Grundgeschäftes überein: Die Bank trägt zunächst das Risiko der Uneinbringlichkeit ihres Aufwendungsanspruches. Im übrigen gewährleistet sie - neben der formellen Prüfung der einzureichenden Dokumente - lediglich die **Abwicklung von Zahlungen** zwischen den Parteien des Grundverhältnisses: seien diese Zahlungen die vertragsgemässe Erfüllung, oder seien es definitive oder (im Grundverhältnis) vorläufige Ersatzzahlungen im Zusammenhang mit Leistungsstörungen.

Wenn unter einer Bankgarantie Dokumente einzureichen sind, wird zur Feststellung von Aufgaben und Verantwortlichkeiten der Bank nach h.L. auf die **Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumentar-Akkreditive** (ERA) zurückgegriffen. Dies rechtfertigt sich nicht nur deshalb, weil beide Bankgeschäfte selbständige, auf dem Einrede- und Einwendungsaus-

(69) Im einzelnen von Westphalen S. 131 ff m.w.N.; Dohm N 203 ff. - In Deutschland spricht man (in Anlehnung an die Dokumentenstrenge beim Akkreditiv) von "Garantie-strenge", Mülbert ZIP 1985 S. 1104 m.w.N. in N 28, vgl. daselbst die zahlreichen Hinweise auf die deutsche Gerichtspraxis.

(70) In der Praxis werden Bankgarantien (insbesondere Zahlungsgarantien) und - selten - sogar Bankbürgschaften im Einzelfall auch zur ordnungsgemässen Erfüllung der Vertragspflichten verwendet. Ihre nachmalige Inanspruchnahme wird von den Beteiligten von allem Anfang an vorausgesetzt.

(71) Kübler S. 136.

schluss basierende Verpflichtungen darstellen (72). Noch viel entscheidender ist, dass die Funktionsweise der Geschäfte und die Rolle der Bank die nämlichen sind. Als Unterschied bleibt lediglich, dass die ERA auf das Akkreditiv regelmässig kraft ausdrücklicher Verweisung Anwendung finden, auf die Bankgarantie hingegen, weil die ERA Ausdruck einer **Abwägung der Interessen** der Beteiligten sind, wie sie für solche Geschäfte sachgerecht erscheint.

3. Tauglichkeit zur Verminderung der Risiken der Bankgarantie

Diese wird m.E. häufig **zu optimistisch** eingeschätzt (73). Denn an der starken Rechtsposition des Begünstigten ändert sich nichts Grundlegendes, wenn in der Sicherheit Dokumente ausbedungen sind. Für das Risiko des Auftraggebers macht es **keinen Unterschied**, ob der Begünstigte die Sicherheit mittels unrichtiger oder gar gefälschter Dokumente oder bloss "sonstwie" rechtsmissbräuchlich in Anspruch nimmt.

Insbesondere ist aber folgendes zu beachten: die Benützung eines Akkreditives erfolgt in aller Regel im Rahmen **störungsfreier Vertragsabwicklung**: die Parteien hatten von Anfang an klare Vorstellungen über den zu erwartenden Geschäftsablauf und konnten entsprechend auch die sinnvollen Dokumente bestimmen. Auch Unstimmigkeiten in den Dokumenten können deshalb meist gütlich bereinigt werden.

Anders aber, wenn eine Bankgarantie in Anspruch genommen wird: im Grundverhältnis ist dann eine **Leistungsstörung** eingetreten; man hat diese in dieser Form häufig nicht vorausgesehen, und ein Konflikt zwischen den Parteien ist fast vorprogrammiert. Die Bank wird im heiklen Spannungsfeld zwischen strikter Observanz und eigenem Ermessensspielraum (74) sich

(72) Von Westphalen S. 131, Dohm N 203.

(73) Vgl. etwa Roesle S. 15.

nicht mehr auf die Konzilianz der Parteien verlassen können und sich so häufig auf einen sehr **formalistischen Standpunkt** stellen müssen (75). Schon unter diesem Aspekt ist fraglich, ob gerade das z.T. vorgeschlagene Gutachten eines unabhängigen Dritten (76) stets den formalen Bedingungen der Bankgarantie genügen kann.

Lassen sich Leistungsstörungen im Unterschied zur vorausgesetzten Leistungsabwicklung kaum je im einzelnen voraussehen, so ist die Sicherung für den Begünstigten unter Umständen **praktisch wertlos**, wenn die Dokumente relativ eng gefasst sind, **diesen** Störfall aber gerade nicht vorsehen, weshalb etwa der "unabhängige Dritte" (77) zu diesem nicht Stellung nehmen kann (78).

Sind die Dokumente - wie etwa in den amerikanischen Stand-by-Akkreditiven üblich - hingegen sehr allgemein gefasst, ist wiederum die angestrebte Sicherung vor missbräuchlicher Inanspruchnahme **vereitelt**. So hat denn auch die sog. Irankrise gezeigt, dass die dokumentarische Ausgestaltung der Sicherheiten den amerikanischen Exporteuren diesbezüglich keine Vorteile gebracht hat (79).

(74) Vgl. von Westphalen S. 133; Dohm N 206.

(75) Im Falle der indirekten Garantien wäre die Prüfung der Dokumente zudem von der Bank im Lande des Importeurs vorzunehmen, die häufig wenig Erfahrung darin hat, weil sie sich im Akkreditivgeschäft meist **praktisch ausschliesslich** auf die Verlässlichkeit der Prüfung durch die Bank im Lande des Exporteurs verlässt.

(76) Roesle S. 15.

(77) Roesle S. 15. - Mit Recht weist von Marschall S. 36 zudem darauf hin, dass das Risiko des späteren Streits um die Angemessenheit der Beurteilung nicht zu vermeiden ist, wenn die Bestätigung des Sachverständigen in mehr oder weniger grossem Umfang eine Wertung erfordert.

(78) Zur grundsätzlichen Problematik einer "objektivistischen" Umschreibung von versprochener Leistung und Störfall vgl. vorne S 108 f.

4. Anwendung der Regeln zur Abwicklung dokumentärer Bankgarantien auf Bankgarantien mit Effektivklausel

Wie erwähnt ändert sich nichts an der sofortigen Realisierbarkeit der Sicherheit, wenn die Inanspruchnahme einer Bankgarantie nur unter Einreichung von Dokumenten erfolgen kann. Kann nun der Begünstigte einer Bankgarantie mit Effektivklausel nach Vertrauensgrundsatz i.d.R. gleichfalls davon ausgehen, eine sofort realisierbare Sicherheit erhalten zu haben, so darf von ihm doch verlangt werden, dass er gegenüber der Bank **bestätigt**, dass seine materielle Berechtigung so eingetreten sei, wie sie im Leistungsversprechen Ausdruck gefunden hat. Die Bank muss sich aber, um die nach Vertrauensgrundsatz anzunehmende sofortige Realisierbarkeit zu gewährleisten, ebenso wie bei der dokumentären Bankgarantie auf die formelle Prüfung des Vorbringens des Begünstigten beschränken.

(79) Im einzelnen dazu der Aufsatz von Eberth ZvgIRWiss 1981 S. 29ff.

ZUSAMMENFASSUNG

1. Auch wenn die Bank im Auftrag und auf Rechnung eines Kunden eine selbständige, d.h. vom abgesicherten Sachverhalt unabhängige Bankgarantie abgibt, übernimmt sie damit "bürgschaftstypisch" das Insolvenzrisiko ihres Auftraggebers, nicht aber wie ein Garant i.e.S. das Risiko, dass eine (auch) nicht geschuldete Leistung ausbleibt. Die Bankgarantie ist eine selbständige Forderungssicherung, nicht hingegen die Sicherstellung einer "Leistung schlechthin" (S. 53 ff).

Mit ihrer Zahlung aus einer Bankgarantie führt die Bank dem Begünstigten aus dem Vermögen des Hauptschuldners eine Geldsumme zu, wenn der Begünstigte durch bloße Behauptung geltend macht, der Auftraggeber habe eine Leistungsstörung im Grundverhältnis zu vertreten. Der Begünstigte einer Bankgarantie ist dann berechtigt, diese in Anspruch zu nehmen, wenn im Grundverhältnis eine Leistungsstörung eingetreten ist und er in guten Treuen annehmen darf, diese habe der Auftraggeber der Bankgarantie zu vertreten. Die damit erfolgte Zuwendung ist eine vom Hauptschuldner nach dem Grundverhältnis geschuldete Vorleistung allfälliger Ersatzzahlungen im Hinblick auf eine vorbehaltenenachträgliche Auseinandersetzung über die Tragung der vermögensrelevanten Folgen von Leistungsstörungen in ebendiesem Grundverhältnis (S. 83 ff).

2. Im Unterschied zur Funktionsweise der Bankgarantie zahlt die Bank aus einer Bankbürgschaft nur, wenn ihr nachgewiesen wird, ihr Auftraggeber schulde dem Begünstigten diese Summe aus einer Leistungsstörung, die der Auftraggeber zu vertreten hat. Weil vor der Auszahlung der Bankbürgschaft die Auseinandersetzung über die materielle Berechtigung erfolgt, hat diese Zahlung grundsätzlich als definitive Vermögenszuweisung zu gelten (S. 151 ff).

3. Die Akzessorietät oder Selbständigkeit der Kautionsverpflichtung einer Bank, d.h. die Zulassung oder der Ausschluss von Einwendungen aus dem abgesicherten Sachverhalt, entscheidet nicht darüber, welche Risiken auf die Bank überwältet wer-

den sollen, sondern über die abwicklungstechnischen Modalitäten der Sicherstellungspflicht des Hauptschuldners im Grundverhältnis. Der Bank kommt - neben ihrer "substantiellen" Rolle als Übernehmerin des Insolvenzrisikos ihres Auftraggebers - nur eine Hilfsfunktion zu, indem sie die im Grundverhältnis im Hinblick auf eine allfällige Auseinandersetzung über Leistungsstörungen vereinbarte Parteirollenzuweisung technisch ermöglicht (S. 140 ff, 168 ff).

Die Art der Sicherung - Bankgarantie oder Bankbürgschaft - hat keinen Einfluss auf den Umfang der Ansprüche des Begünstigten aus Leistungsstörungen, soweit darunter Ansprüche auf eine definitive Vermögenszuweisung verstanden sind. Welche Leistungsstörungen der Auftraggeber der Bank zu vertreten hat, ergibt sich aus einer Auslegung und/oder Ergänzung des Grundverhältnisses und allenfalls aus dem darauf anwendbaren Recht; hingegen ist diese zwischenparteiliche Risikozuweisung unabhängig davon, ob das Rechtsverhältnis durch eine Bankgarantie oder eine Bankbürgschaft abgesichert ist (S. 162 ff; vgl. auch S. 68 ff und 86 ff).

4. Für die Frage, ob eine selbständige Bankgarantie oder eine akzessorische Bankbürgschaft vorliege, ist in der Auslegung unerheblich, ob der Text des Leistungsversprechens Bezug auf die Leistung als Resultat oder auf die Leistungspflicht nimmt (S. 94 ff und 108 f).

5. Widersprüchliche Leistungsversprechen, d.h. solche, die Textelemente sowohl einer selbständigen Bankgarantie wie auch einer akzessorischen Bankbürgschaft enthalten, sind nach Vertrauensgrundsatz dahin auszulegen, ob der Begünstigte davon ausgehen darf, eine sofort realisierbare Sicherheit erhalten zu haben, oder ob der Zugriff darauf einen Nachweis der materiellen Berechtigung, mithin eine vorangehende Auseinandersetzung über die Leistungsstörung verlangt. Die Auslegung soll nicht den - häufig untauglichen - Versuch unternehmen, alle Widersprüchlichkeiten des Textes auszuräumen, sondern einen Entscheid erlauben, wer in seinem Vertrauen in die Bedeutung des Verpflichtungstextes bezüglich seiner Parteirolle in dieser Auseinandersetzung zu schützen ist, bzw. wer sich diese Bedeutung entgegenhalten lassen muss (S. 172 ff).

LEBENS LAUF

Geboren am 30. März 1955 in Appenzell, daselbst
Primar- und Mittelschule, 1975 Matura Typus B.
Anschliessend als Werkstudent Studium an der
Universität Zürich, 1981 Promotion zum lic. iur.
Praktische Tätigkeit u.a. in den Bereichen
"Kauttionen", "Akkreditive" und "Kommerzielle
Kredite" einer schweizerischen Grossbank.
1983 Anwaltspatent des Kantons Appenzell Inner-
rhoden, am 3. Juni 1987 Promotion zum Dr. iur.

